COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XXXXe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

Sur le thème

LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION DANS L'EXPERTISE EN MATIÈRE CIVILE

Cour d'appel de Rennes

5 octobre 2001

Sous la présidence de
Monsieur Jean BUFFET
Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème
Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile

a été organisée par
Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN
Président de la Compagnie nationale des Experts-Comptables judiciaires
et par le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 2001

Président d'honneur fondateur	:	Gérard AMÉDÉE-MANESME (Paris)
Présidents d'honneur	:	Paul GRIZIAUX (Amiens)
	:	Pierre DUCOROY (Béziers)
	:	Félix THORIN (Paris)
	:	Madeleine BOUCHON (Paris)
	:	Jean CLARA (Lille)
	:	André DANA (Paris)
	:	André GAILLARD (Paris)
Président	:	Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN (Rouen)
Vice-présidents	:	Rolande BERNE-LAMONTAGNE (Paris)
	:	Pierre DARROUSEZ (Lille)
	:	Marc ENGELHARD (Marseille)
Secrétaire général	:	Michel DEVILLEBICHOT (Paris)
Secrétaire général adjoint	:	Henri LAGARDE (Toulouse)
Trésorier national	:	Henri ESTÈVE (Lyon)
Trésorier national adjoint	:	Sylvain CHAUMET (Tours)

Membres :

– les présidents des sections autonomes :
J. NAZARIAN (Aix-en-Provence, Bastia) ; P. DARROUSEZ (Amiens, Douai, Reims) ; D. CAILLAULT (Angers) ; G. RASCLE (Bordeaux) ; J.-M. KRIEGER (Colmar) ; A. DIAZ (Dijon, Besançon) ; Michel BRUYAS (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; J.-L. HUC (Montpellier, Nîmes) ; M.-L. LIGER (Nancy, Metz) ; J. RENAULT (Orléans, Poitiers) ; P. LOEPER (Paris, Versailles) ; B. PIERRE (Rennes) ; M. ROUSSILHE (Riom, Bourges, Limoges) ; J.-P. PIOCHELLE (Rouen, Caen) ; P. CLAUX (Toulouse, Agen, Pau).

– Membres cooptés :
P.-H. COMBE (Aix-en-Provence) ; M.-C. BERSIHAND (Angers) ; B. DUPONCHELLE (Douai) ; J. WACKENTHALER (Colmar) ; D. GRADT (Toulouse) ; J. LOEB (Lyon) ; J.-J. PAQUIER (Bordeaux) ; L. WEISZBERG (Paris).

– Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de 20 membres :
R.-L. CAZALET et J. KALPAC (Aix-en-Provence, Bastia) ; A. BOSCHER et J.-P. MARVALIN (Amiens, Douai, Reims) ; J.-P. GARDE (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; A. FLUCHAIRE (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; C. TRABES (Montpellier, Nîmes) ; J. GEORGIN (Orléans, Poitiers) ; E. EZEGHIAN, J.-C. LEGRIS et A. AUVRAY (Paris, Versailles) ; F. DY (Rennes) ; R. GRISON (Riom, Bourges, Limoges) ; M. LANSELLE-LEFEBVRE et F. WINDSOR (Rouen, Caen) ; G. BAROUH (Toulouse, Agen, Pau).

et par la SECTION AUTONOME DE RENNES dont le bureau est ainsi composé :

Président d'honneur	:	M. Claude PICAVET
Président	:	M. Bruno PIERRE
Vice-président	:	M. François DY
Secrétaire-trésorier	:	Mme Simone LEVÊQUE
Membres	:	MM. Alain ANDRÉOLI
		Alain BOURDAIS
		Jean-Claude CHAN
		Robert POIRIER
Ancien président	:	M. Yvon SAINTILAN

édité par la Revue Expert
4, rue de la Paix
75002 PARIS

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de Monsieur Olivier AIMOT
Premier Président de la Cour d'appel de Rennes 9

Allocution de Madame Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN
Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires 11

Allocution de la journée d'étude – Allocusion de Monsieur Jean BUFFET
Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation 13

Exposé introductif
Rapport présenté par Monsieur André DANA
Expert agréé par la Cour de cassation – honoraire 15

La contradiction, historique et pratique
Rapport présenté par Monsieur André GAILLARD
Expert agréé par la Cour de cassation 17

Le principe de la contradiction : principales difficultés
Rapport présenté par Monsieur Bruno PIERRE
Expert près la Cour d'appel de Rennes 23

Le principe de la contradiction et le secret professionnel
Rapport présenté par Monsieur Sylvain CHAUMET
Expert près la Cour d'appel d'Orléans 37

Le principe de la contradiction et le secret des affaires
Rapport présenté par Monsieur Didier FAURY
Expert près la Cour d'appel de Paris 41

Existence de la contradiction en matière d'expertise pénale
Rapport présenté par Monsieur André DANA
Expert agréé par la Cour de cassation – honoraire 45

La contradiction dans différents systèmes procéduraux
Rapport présenté par Monsieur Edmond EICHEL
Expert agréé par la Cour de cassation 49

Rapport de synthèse
Rapport présenté par Monsieur André DANA
Expert agréé par la Cour de cassation – honoraire 57

Clôture des travaux
par Monsieur Jean BUFFET
Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation 60

40e CONGRÈS DES EXPERTS JUDICIAIRES

Rennes, le 5 octobre 2001

ALLOCUTION DE

Monsieur Olivier AIMOT

Premier Président de la Cour d'appel de Rennes

La séance est ouverte à 9 h 15 par Madame le Président Anne-Marie Lethuillier-Florentin.

Madame Anne-Marie Lethuillier-Florentin. – Nous sommes réunis pour le 40e Congrès de la Compagnie. Nous demandons à Monsieur Olivier Aimot, Premier Président de la Cour d'appel de Rennes, de nous accueillir puisque nous sommes dans le ressort de sa Cour. La parole est à Monsieur Aimot pour son allocution de bienvenue.

M. le Premier Président Aimot. – Madame le Président (et non Madame la Présidente, je choisis mes mots puisque nous avons hier conversé longuement sur cette appellation, au risque de froisser certaines, je n'hésite pas à dire ce que vous souhaitez personnellement et qui, mon Dieu, me paraît tout à fait recevable aussi), Monsieur le Président, Monsieur le Premier Président, Mesdames, Messieurs, vous avez choisi pour votre 40e Congrès qui est celui, si l'on en croit la tradition, de la force de l'âge, d'une part un sujet qui est particulièrement intéressant pour tous certes, mais notamment pour les juristes que nous sommes, c'est-à-dire *le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile* et d'autre part la ville de Rennes.

En premier lieu permettez-moi d'observer que parmi vos travaux antérieurs, Monsieur le rapporteur général, vous qui semblez être un habitué des rapports, il y a cinq ans, vous aviez fait un rapport introductif sur un thème qui me paraissait peut-être, si vous me permettez l'expression, plus comptable que judiciaire pour les experts que vous êtes, car il s'agissait de « l'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises ».

Aujourd'hui à Rennes, vous continuez, je ne peux pas dire que vous « reprenez » du service, car je suis persuadé que vous ne l'avez jamais vraiment quitté, avec un sujet qui est plus judiciaire, comme je le disais il y a un instant. Vous êtes donc la parfaite illustration de ce que magistrats, avocats et parties attendent d'un expert judiciaire : réunir compétence professionnelle et connaissances procédurales avérées et complètes. C'est en tout cas le vœu que nous formons lorsque nous demandons des avis pour une inscription sur une liste d'experts près des Cours d'appel et a fortiori sur une liste nationale.

Cela, bien évidemment, ne serait pas possible sans le souci de formation continue qui anime votre Compagnie au travers de ses travaux propres, comme au travers des activités de la Compagnie pluridisciplinaire des experts judiciaires ; j'ai pu me rendre compte récemment à Toulouse que vous y participiez également de façon tout à fait active.

Vous avez donc choisi Rennes. Le Premier Président que je suis ne peut que vous féliciter de ce choix. Vous savez combien la Bretagne est une région attachante et, même si pour certains les questions de préséance entre Rennes et Nantes font partie de l'histoire de cette région, je crois que la ville de Rennes méritait effectivement que l'on s'y arrête et par ailleurs que l'on puisse saisir l'occasion pour constater qu'elle était un centre certes, mais un centre historique qui me semble personnellement, je ne voudrais pas froisser tous les Nantais ici présents, avoir une unité plus marquée que celle que l'on peut trouver à Nantes qui a certes des quartiers somptueux, mais Rennes tout de même, vous l'avez sans doute déjà découvert et vous le découvrirez pendant votre séjour, synthétise à la fois l'avant incendie de 1720 et la reconstruction de la ville après 1720, dans tout cet environnement autour de ce bâtiment qui vous accueille aujourd'hui, je veux parler du Palais du Parlement de Bretagne.

Vous allez découvrir ou redécouvrir les façades maritimes, Saint-Malo, le Mont Saint-Michel que les Normands et les Bretons ne se disputent pas vraiment mais qu'ils situent bien évidemment à la charnière de leurs deux régions. Vous êtes surtout dans ce bâtiment ; j'ai vu d'ailleurs avec tristesse que votre programme n'avait pas prévu de moment pour le visiter. Aussi, si vous me le permettez et en accord avec vous, Mesdames et Messieurs les Présidents, à la fin de vos travaux nous ouvrirons de façon plus large la totalité des salles décorées de ce premier étage et, avant que chacun ne retourne prendre quelques instants de repos avant la soirée de gala, vous serez à même de pouvoir circuler dans cet étage historique et admirer les parties déjà restaurées qui méritent de votre part un coup d'œil. Le caractère remarquable de cette salle en est un exemple.

En quelques mots je brosserai l'historique de ce Parlement : construction des éléments extérieurs de 1618 à 1655, avec la suppression de l'escalier extérieur, qui était sur la place du Parlement de Bretagne, après l'incendie de Rennes en 1720, l'escalier Gabriel par lequel vous avez dû accéder au Parlement ayant été construit en 1726.

L'intérieur a été décoré dans sa totalité entre 1658 et 1702 à l'exception de la salle du XIXe siècle dite Jobbé-Duval, décorée par un artiste local qui a participé également à la décoration de monuments parisiens comme l'Église de la Trinité, une partie de Saint-Sulpice, le Théâtre de la Gaieté, où vous pouvez retrouver des éléments d'un décor très marqué par son époque.

Cette salle où nous sommes a depuis toujours été une salle destinée à la matière pénale. Elle s'appelait au départ la salle de

la Tournelle. Elle est depuis le XIXe siècle et Napoléon III le siège des Assises d'Ille-et-Vilaine et a été pendant le début du XIXe siècle également une école de droit. On retrouve certaines photographies anciennes dans lesquelles sur la partie centrale « siégeait » un poêle en fonte qui permettait de chauffer l'ensemble de cette salle, avec un amphithéâtre dans la partie dans laquelle se trouve l'essentiel des participants à ce Congrès.

Elle a fait l'objet d'une première restauration pendant la fin de la période qui a précédé l'incendie. Après l'incendie du mois de février 1994, une petite moitié de ce plafond à caissons suspendus, qui est la marque du Palais du Parlement de Bretagne (tous les décors étant constitués à partir de caissons dans lesquels sont insérées des toiles ou des peintures sur bois), était totalement effondrée, notamment dans le fond de la salle. Tous les éléments, partiellement calcinés ont été récupérés, classés dans un local destiné à recueillir tous les morceaux qui avaient pu être sauvés et on a reconstitué le plafond exactement comme on reconstitue un puzzle, pièce par pièce. Les éléments manquants, qui avaient disparu ou avaient été brûlés, ont été refabriqués de façon a être insérés pour recevoir, après la couche d'apprêt, la peinture et la dorure, permettant ainsi de reconstituer un plafond tel qu'il existait à l'époque de Louis XIV. La commande avait été passée aux artistes qui l'ont exécutée, c'est-à-dire Dumesnil et Gillet en 1672.

Je dois à l'un de nos conseillers prochains à la Cour d'appel de Rennes d'avoir retrouvé ce que d'éminents spécialistes des affaires culturelles n'avaient pu me dire jusqu'à présent. Au-dessus de vos têtes vous avez deux panneaux dans lesquels se trouvent les couronnes royale (à fleurs de lys) et ducale, avec des entrelacs dont la signification n'est pas totalement apparente. Ces entrelacs, selon les explications qui m'ont été fournies, sont constituées de la lettre L pour Louis XIV, du T central pour Marie-Thérèse son épouse, la conjugaison du L et du T insérant également un M, on retrouve ainsi les monogrammes de Louis XIV et de Marie-Thérèse d'Autriche, son épouse. C'est une des salles les plus richement décorées en termes de dorures.

Vous verrez en revanche dans les autres salles que vous pourrez visiter qu'il y a sur le décor peint des œuvres d'une facture tout à fait différente. Ici il n'y a eu aucune commande de peintures, contrairement aux autres salles, et ce sont des éléments qui sont récupérés à partir de certains ciels des peintures de la Grand-Chambre que vous ne verrez pas, étant en cours de restauration ; elle ne sera achevée que l'année prochaine.

Je pourrais pratiquement passer la matinée à vous parler du Parlement de Bretagne, nous ne sommes pas là pour cela. Je me garderai donc de prendre davantage du temps qui nous est réservé pour ce pour quoi vous êtes venus ici, mais je ne pouvais pas vous accueillir sans vous parler de ce bâtiment et vous inviter à le parcourir à l'issue de cette journée de travail.

Je vous remercie d'avoir choisi Rennes. Le Procureur général est malheureusement retenu aujourd'hui par une réunion extérieure. Lui-même et moi sommes particulièrement heureux de vous accueillir dans ce bâtiment. Nous vous souhaitons à toutes et à tous un très fructueux Congrès. Je vous remercie.

(Applaudissements)

ALLOCUTION DE

Madame Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN

Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires

Monsieur le Président,

Monsieur le Premier Président,

Monsieur le représentant du Tribunal administratif,

Mesdames et Messieurs les magistrats,

chers invités,

chers confrères et consœurs.

Pour ce 40e Congrès de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires, je tiens tout d'abord à remercier Messieurs les Chefs de la Cour d'appel de Rennes qui mettent à notre disposition, comme cela vient de nous être vanté, cette splendide salle du Parlement de Bretagne dont Mme de Sévigné disait que c'était le plus beau Palais de France et qu'elle le préférait à Versailles. C'était certes un jugement sentimental et tout à fait subjectif, mais l'architecture et le décor de ce Palais, « premier édifice en pierre dans la ville de bois » à l'époque voulaient influencer toute la Haute-Bretagne. Ce monument est digne de la haute et puissante assemblée qui le fit édifier, comme l'a rappelé M. le Premier Président, dès la première moitié du XVIIe siècle.

J'ai lu qu'un octroi d'un sol par pot de vin et de trois deniers par pot de cidre fournissait les fonds de la construction ; un compagnon touchait alors de sept à douze sols par jour. Les 100 à 120 Conseillers et Présidents étaient pris pour la plupart parmi les familles nobles de la province et un siège s'achetait pour une somme représentant aujourd'hui trois millions de francs, c'est-à-dire près de 500 000 euros.

Avec l'incendie de février 1994, les Rennais, les Bretons et les Français de tous horizons ont ressenti le désastre au plus profond de leur sensibilité et aujourd'hui nous admirons à nouveau l'harmonie extraordinaire de ce Palais, ce pur trésor du XVIIe que certains amoureux de ce site voudraient voir inscrit par l'UNESCO au patrimoine de l'humanité, citant alors Tocqueville : *« Quand le passé n'éclaire plus l'avenir, l'esprit marche dans les ténèbres. »*

C'est précisément la lumière que les experts-comptables judiciaires veulent voir briller et les travaux de nos confrères doivent enrichir notre soif d'un savoir qui ne vient jamais à épuisement et qui, au contraire, s'accroît toujours grâce à la diffusion des connaissances.

Je remercie monsieur le Premier Président Aimot et M. le Procureur général Tacheau qui nous accueillent pour les travaux de ce 40e Congrès dont l'ouverture sera prononcée dans quelques instants par M. Jean Buffet, Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation.

Il est de coutume, Monsieur le Président, que le Président national de notre Compagnie présente la haute personnalité qui a accepté de diriger nos travaux. Monsieur le Président Buffet, j'ai donc l'honneur de rappeler les différentes fonctions que vous avez exercées au cours de votre brillante carrière. Qu'il me soit permis de dire que vous êtes diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, diplômé d'études supérieures de droit public, de droit privé et d'économie politique. Le Centre National d'Études Judiciaires, l'ancêtre de l'École Nationale de la Magistrature, vous accueille ensuite avant d'exercer quelques mois en tant que parquetier dans le nord. Avec une interruption pendant trois ans, de 1975 à 1978, en qualité de Conseiller technique au Cabinet du Secrétaire d'État chargé de l'action sociale auprès de Mme Veil, alors ministre de la Santé, vous êtes toujours affecté au ministère de la Justice, à la Direction des Affaires civiles et du Sceau, et vous terminez sous-Directeur de la Législation civile et de la Procédure.

En 1990 vous accédez à la Présidence d'une Chambre sociale à la Cour d'appel de Paris ; vous êtes rapidement Chargé de mission et Conseiller auprès du Garde des sceaux, Henri Nallet, poste que vous occuperez jusqu'en 1992.

Vous êtes alors nommé Conseiller à la 2e Chambre civile de la Cour de cassation et nommé Président de cette même Chambre en septembre 1999.

En cette qualité nous sommes particulièrement heureux de vous accueillir aujourd'hui pour présider ce 40e Congrès.

Je remercie de leur présence Monsieur le Premier Président, Mesdames et Messieurs les magistrats de l'ordre judiciaire, administratif et consulaire du ressort de la Cour d'appel de Rennes, Monsieur le Bâtonnier, Messieurs les Présidents de Compagnies, Mesdames et Messieurs les invités dont la présence est vivement appréciée.

Je mentionne la présence de Monsieur le Professeur Loïc Cadiet qui a accepté de nous faire bénéficier de son précieux concours.

Le thème de nos travaux de ce jour, *le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile*, vous sera présenté par le Président d'Honneur André Dana, expert agréé par la Cour de cassation, qui anime une équipe de cinq rapporteurs.

Nous bénéficierons pour la présentation sur écran de l'assistance technique de notre confrère Bernard Mainguy.

En fin d'après-midi le Président André Dana, rapporteur général, présentera le rapport de synthèse et M. le Président Buffet clôturera nos travaux.

Je vous remercie très sincèrement, Monsieur le Président, d'avoir accepté de présider cette journée d'étude et, selon l'usage, je vous laisse le soin de déclarer ouvert le 40e Congrès de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires.

(Applaudissements)

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean BUFFET

Président de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Madame le Président, je vous remercie sincèrement de vos aimables propos. Comme vous m'avez invité à le faire, il me revient l'honneur de déclarer ouvert votre 40e Congrès national. Je le fais de suite de peur d'oublier de le faire à la fin de mon allocution. Il est toujours ennuyeux de voir un Congrès se dérouler qui n'a pas été ouvert ! Comme il est maintenant ouvert je suis plus à l'aise pour vous dire combien je suis content et satisfait d'avoir été associé à vos réflexions d'aujourd'hui.

Certes j'ai eu un petit moment d'appréhension lorsque vous-même, Madame le Président, et le Président Dana m'avez invité, car l'ordre assez discret dont relèvent mes connaissances en matière de comptabilité et de science du chiffre m'a fait redouter une aventure en terre inconnue. Mais le thème de la journée d'étude, l'expertise civile et le principe de la contradiction, m'a ouvert les yeux sur des chemins plus familiers que nous empruntons à la 2e Chambre civile de la Cour de cassation et d'ailleurs pas seulement à la 2e Chambre civile, car toutes les formations civiles de la Cour de cassation sont appelées à connaître de moyens de cassation en la matière.

Ces chemins que nous empruntons ne sont pas toujours agréables, loin s'en faut. Que de cassations pourraient être évitées avec tout le cortège qu'elles représentent de désagréments, de perte de temps et d'argent, de désordres et l'un de ces désordres n'est-il pas en fait que cela ternit l'image de la justice, si le principe de la contradiction n'était pas encore trop souvent méconnu ou mal compris.

Le principe de la contradiction. Si vous me permettez tout d'abord une petite digression et une réflexion d'ordre sémantique, les organisateurs de ce colloque doivent être félicités de lui avoir donné le nom de principe de la contradiction et non celui plus souvent utilisé de principe du contradictoire. En effet le principe du contradictoire est un vocable étrange et peu logique. Si contradictoire il y a, c'est la procédure qui doit l'être et la procédure doit l'être en raison d'un principe qui est le principe de la contradiction. Mais les sages organisateurs du colloque n'auront pas eu beaucoup de mérite, car le vocable du principe de la contradiction est le seul qui figure dans le code de procédure civile, c'est celui qui est utilisé par la Cour de cassation.

De son côté, il faut bien qu'il y ait des différences entre les plus hautes juridictions françaises, le Conseil d'État emploie toujours dans ses arrêts le terme de principe du contradictoire, ce qui a fait dire à M. le Professeur Chapus, dans son traité du contentieux administratif, que le Conseil d'État s'était laissé séduire par la bizarrerie. Ce ne sont que des problèmes de langage et le langage évolue.

Un terme n'est plus guère utilisé aujourd'hui à propos de la contradiction, le verbe contredire. Il était en vigueur au XIXe siècle ; il est largement tombé en désuétude. Par hasard, je l'ai relevé dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation de l'année 1900. Il y avait à l'époque 150 arrêts publiés dans le bulletin ; en l'an 2000 nous en avons publié 1371, ce qui laisse rêveur.

J'ai lu l'attendu suivant : *Vu l'article 317 du code de procédure civile, attendu qu'une expertise ne peut être invoquée contre une partie qu'autant que celle-ci aura été mise à même d'y assister et d'y contredire.* Cet arrêt plus que centenaire, bien que le « d'y contredire » sente un peu la basoche, disait tout et énonçait les deux principaux aspects de la contradiction : être appelé et pouvoir contredire. Nous pourrions le mettre en exergue de nos travaux.

En fait peu importe l'étiquette. La bonne appellation ne serait-elle pas d'ailleurs plus simplement le principe de contradiction, comme l'on dit le principe de précaution ? Il faudrait organiser un colloque sur ce point. Aujourd'hui en tout cas toutes les appellations seront autorisées. Ce qui est important, c'est de se souvenir que ce principe directeur du procès est un principe général du droit, reconnu comme tel par un célèbre arrêt du Conseil d'État de 1979, arrêt qui a mis un peu d'ordre dans la conception que se faisait alors le pouvoir réglementaire du fameux article 16 du nouveau code de procédure civile qui définit la contradiction dans les relations entre le juge et les parties. Ce principe fait partie des droits de la défense. On dit même qu'il a une valeur constitutionnelle.

En réalité, c'est un de ces principes qui procèdent du droit naturel, qui ont une valeur universelle, si l'on veut bien admettre que la justice démocratique et non totalitaire a une valeur universelle, et n'ont pas vraiment besoin de l'intervention du législateur ou d'une Constitution pour exister.

Mais on sait qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme il est compris, et on peut même estimer de manière un peu extensive, dans les exigences du procès équitable requises par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; disposition d'application directe par nos tribunaux qui a une valeur supérieure, en raison de l'article 55 de la Constitution, à celle de nos lois.

Jamais d'ailleurs ce principe de la contradiction autant qu'à l'époque où nous vivons aujourd'hui n'a retenu l'attention des réformateurs. S'il est à l'honneur des auteurs du nouveau code de procédure civile, en 1971 d'en avoir fait, et sous une forme absolument parfaite dans les articles 14 à 16, un principe directeur du procès civil, il est désormais inscrit au fronton des principaux codes processuels. La loi du 15 juin 2000 sur la présomption de l'innocence en a fait le paragraphe I d'un article préliminaire du code de procédure pénale. Je cite : *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.* M. le Président Dana nous dira cette après-midi ce qu'il en est en fait.

Le récent code de la justice administrative, créé par une ordonnance de mai 2000, qui s'applique au Conseil d'État, aux Cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs, affirme dans un article de son titre préliminaire : *L'instruction des affaires est contradictoire.*

Je n'ai pas voulu déflorer par ces quelques remarques les exposés que nous allons entendre mais souligner l'importance fondamentale de la contradiction dans l'administration de la justice. Elle est le premier commandement du juge, sa première interrogation qui se subdivise en plusieurs sous-interrogations. Le défendeur a-t-il été appelé régulièrement ? Chaque partie a-t-elle obtenu communication des pièces produites par son adversaire ? Serai-je amené à statuer en fonction d'éléments de fait ou de droit sur lesquels toutes les parties n'auraient pas été à même de présenter des observations ? Car sans une réponse adéquate à ces questions, non seulement les parties adhèreront encore plus difficilement au jugement à intervenir mais aussi et surtout le jugement serait faussé car rendu sur une connaissance inexacte et incomplète du litige. La vérité judiciaire, déjà relative et fragile, qu'exprime la chose jugée selon l'adage latin bien connu, serait dépourvue de ce qui peut et doit la fonder.

Ce qui est vrai pour le juge l'est aussi pour le technicien à qui le juge, qui n'a pas tous les savoirs, délègue parfois ses pouvoirs pour être éclairé sur des questions de fait par ses lumières, comme le dit l'article 232 du nouveau code de procédure civile. Vous avez bien de la chance, vous les experts, d'être les seules personnes qui, dans le cadre de la procédure civile, soient désignées comme ayant des lumières ! Le juge a besoin d'être éclairé et vous avez la lumière !

Il y a au moins deux raisons à cette vérité commune au juge et au technicien. La première est que le technicien, particulièrement l'expert, étant mandaté par le juge, revêt en quelque sorte le costume du juge, sans doute un peu moins orné car le technicien n'a pas *l'imperium* du juge, n'en a qu'une parcelle et, portant son costume, il emprunte sa personnalité et par conséquent son éthique.

La seconde raison est que la mesure d'instruction, en tout cas l'expertise, peut être regardée comme une sorte de procès du fait dont l'issue, comme l'ont dit les juges de Strasbourg en 1997 dans l'arrêt Mantovanelli, est de nature à influencer le sort du litige d'une manière prépondérante. Comme l'a écrit un auteur, l'expertise est un petit procès, décisif au sein du grand. Dès lors il doit offrir les mêmes garanties de bonne justice et de caractère équitable que le procès lui-même, impartialité de l'expert, célérité et bien sûr respect de la contradiction.

Enfin l'importance du principe de la contradiction justifie que ses violations soient sanctionnées sans failles. C'est un point qui ne sera sans doute pas abordé aujourd'hui, mais je me dois de le signaler. En matière de contradiction, principe d'ordre public, les violations caractérisées n'entraînent pas le régime des nullités de forme qui, elles, exigeraient la preuve d'un grief. La première Chambre civile l'a rappelé récemment. Trop souvent, sans doute car ils ne veulent pas voir se prolonger les procédures, les juges du fond ne décèlent, dans la méconnaissance de la contradiction, qu'un vice purement formel. Ils ont tort. Or on mesure les conséquences d'annulation d'expertises ou de cassation de décisions qui ont refusé d'annuler les expertises dans lesquelles la contradiction avait été malmenée. S'il faut retourner devant un autre technicien, le délai raisonnable sera dépassé. Des condamnations ont été prononcées pour dépassement du délai raisonnable lié à des expertises par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en novembre 1999 ; il s'agissait du Portugal mais la France n'est naturellement pas à l'abri.

J'ai bien conscience que ce que je viens de dire est parfaitement inutile et que je vous ai fait perdre votre temps. Il est incontestable que parmi les professionnels inscrits sur les listes d'experts qui sont les plus savants, les plus assurés, les mieux formés au droit et aux règles de procédure, figurent les experts-comptables. Ce n'est pas un compliment, c'est une réalité. Je me suis demandé, Madame le Président, si finalement cette journée d'étude était bien nécessaire puisque vos confrères connaissent parfaitement ce qu'est le principe de la contradiction, ils en sont les adeptes vigilants.

Mais les rapports qui vont nous être présentés et les débats, bien sûr contradictoires, qu'ils susciteront vont me démentir tant il est utile de revivifier ses regards et d'examiner ensemble comment, comme disait Montesquieu, *les cas particuliers peuvent se plier, de la manière la plus raisonnable, aux principes fussent-ils immortels.* C'est pourquoi en vous disant à nouveau mon plaisir d'être avec vous et le congrès ayant été ouvert, je m'empresse de donner la parole à M. le Président Dana pour son introduction.

(Applaudissements)

EXPOSÉ INTRODUCTIF DE

Monsieur André DANA

Expert agréé par la Cour de cassation – Honoraire

Monsieur le Président Buffet, je vous remercie de cette ouverture brillante de notre Congrès. Monsieur le Premier Président je vous remercie de votre accueil. Mesdames et Messieurs les magistrats, Monsieur le Professeur Cadiet, Mesdames, Messieurs, chères consœurs et chers confrères, je vais de manière très rapide vous brosser la journée d'étude que nous allons vivre ensemble.

Je tenais à préciser que, d'une manière générale, les thèmes traités à l'occasion de nos congrès concernent les types de missions que nous sommes amenés à connaître dans le cadre de nos expertises. Je cite par exemple l'« information financière », l'« abus de bien sociaux », la « détermination de préjudices », la « garantie de passif », etc. Nous avons abordé à deux ou trois reprises des thèmes beaucoup plus généraux, tels que « les droits des justiciables » en 1971, puis « l'évolution des droits des justiciables » 20 ans après en 1991, également et surtout « l'expert et le droit », dont mon ami M. Gaillard était le rapporteur général, à Dijon, il y a quelques années.

En revanche, le thème choisi pour cette journée d'étude concerne l'expertise elle-même, puisque le principe de la contradiction constitue, comme le disait M. le Président Buffet, un des grands principes de l'expertise judiciaire en matière civile, toutes spécialités confondues ; il ne s'agit donc pas uniquement de notre spécialité.

Notre journée d'étude, si elle a donc une vocation de formation, dégagera également, je l'espère, des idées générales qui pourront susciter des questions et peut-être des réponses (je dis peut-être, car il n'est pas certain que nous puissions répondre à toutes les questions), ce qui permettrait, je le souhaite, d'améliorer la qualité future des expertises.

Nos travaux vont être présentés selon une chronologie logique. M. André Gaillard en premier lieu, expert agréé par la Cour de cassation, va vous exposer le déroulement normal de l'expertise en en précisant les principales règles à respecter relatives au principe de la contradiction.

Dans le deuxième rapport, M. Bruno Pierre, expert près la Cour d'appel de Rennes, vous indiquera les principaux obstacles concernant l'application de ce principe pouvant être rencontrés à différents stades de l'expertise, à l'exception toutefois des difficultés relatives à la notion de secret.

Ces deux exposés de la matinée seront suivis d'une discussion.

En début d'après-midi, M. Sylvain Chaumet, expert près la Cour d'appel d'Orléans et M. Didier Faury, expert près la Cour d'appel de Paris vous présenteront successivement les conséquences liées au secret professionnel et celles résultant du secret des affaires.

Après une pause, sans débat, j'aurai ensuite le plaisir de vous présenter, hors sujet puisque le sujet du jour est l'expertise en matière civile, une brève étude succincte sur l'existence du contradictoire dans l'expertise en matière pénale.

Notre confrère Raymond Eichel, expert agréé par la Cour de cassation, nous parlera de l'éventuelle existence du contradictoire (vous avez raison, Monsieur le Président, nous utilisons alternativement et à mauvais escient les termes du principe de la « contradiction » et du « principe du contradictoire ») dans différents pays de l'Europe continentale et dans les systèmes procéduraux anglo-saxons.

Les échanges de vues pourront reprendre à l'issue de cette dernière intervention, au terme desquels je vous présenterai un rapport de synthèse.

M. Buffet, Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation, nous fera alors part brièvement des enseignements pouvant être tirés de cette journée d'étude et prononcera la clôture de nos travaux. Je vous souhaite une bonne journée d'étude en notre compagnie.

(Applaudissements)

LA CONTRADICTION HISTORIQUE ET PRATIQUE

par Monsieur André GAILLARD

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

J'ouvre le sujet en me risquant à une définition, ce qui est doublement malaisé,

– d'abord parce *que définir, c'est réduire*, et que la contradiction comporte de multiples facettes,

– ensuite, parce que chacun d'entre nous estime bien connaître le sujet : de difficile, l'exposé devient alors périlleux...

Je tenterai d'abord une présentation des multiples approches d'une **définition théorique** du principe.

Puis, l'exposé des modalités de la **mise en œuvre du *contradictoire* dans le déroulement d'une expertise** constituera **l'illustration pratique** *au moins dans ses aspects normaux*, puisqu'il appartiendra aux trois rapporteurs suivants : **Bruno Pierre**, **Sylvain Chaumet** et **Didier Faury** d'exposer les difficultés qui accompagnent souvent le principe de la contradiction dans le quotidien de nos expertises.

CHAPITRE I – LES DIVERSES APPROCHES DU PRINCIPE DE LA CONTRADICTION

I – Approche par la *sémantique*

La contradiction (du latin *« contra dicere »*) serait *« l'affirmation que l'on oppose à ce qui a été dit »*.

J'en retiens deux idées :

– d'abord, *l'oralité* étymologique est très largement dépassée, surtout dans nos civilisations de l'écrit qui ont créé des procédures écrites ;

– ensuite, la contradiction n'emporte pas nécessairement critique, mais débat *argument contre argument*.

II – Approche par *l'histoire*

Le désaccord argumentaire est sans doute aussi vieux que le langage humain ; certains rattachent ses origines aux orateurs ou philosophes de l'Antiquité tels *Démosthène* et *Sénèque*.

Pour nous limiter à la procédure, j'indique seulement les quelques jalons suivants :

– Rome a connu la procédure contradictoire, de façon formelle après 322 de notre ère, car le défendeur, visé par un *libellé introductif d'instance* devait s'y opposer par un *libellus contradictionis*, terme dont la traduction n'apparaît pas nécessaire.

– L'Ordonnance de 1539 marque une régression du principe avec le retour à la *procédure secrète*, dans laquelle le juge n'a plus la possibilité d'entendre ensemble ou de confronter les parties.

– Les États-Généraux réclament l'ouverture de la procédure, notamment ceux de 1576, suivis de l'Ordonnance de Blois qui crée l'expertise.

– Mais le principe ne réapparaît réellement que dans l'ordonnance de 1667, et pour la seule juridiction commerciale, les juges consuls obtenant la faculté de faire comparaître les plaideurs, et, au Parlement de Paris, l'usage s'instaure entre avocats de se communiquer leur *sac* contenant les pièces, d'où l'expression familière *« vider son sac »*.

– Les Encyclopédistes dans leur souci d'une meilleure justice remettent le principe à l'honneur.

– La Révolution, trop simplificatrice en matière de procédure, abolit dans les faits la contradiction.

– Les codes napoléoniens la rétablissent en 1804.

– La jurisprudence du XIXe siècle consacre le principe de contradiction qui demeure en vigueur depuis lors.

III – Approche par la *philosophie du droit*

De tout temps ont surgi des conflits entre les hommes. Longtemps, ils ont été résolus par la violence.

Le recours à la **Justice** en tant *qu'instance*, au **Droit** en tant que *règle* et à la **Procédure** comme *mode de résolution des conflits* est un fait de civilisation.

La *contradiction* au sein de la procédure est donc un substitut civilisé de la violence.

Le droit apporte une solution raisonnée au litige, mais le Juge ne peut le mettre en œuvre et trancher qu'après l'échange des arguments devant lui.

Il s'ensuit que cet échange d'arguments doit être loyal, et plutôt que d'évoquer *l'égalité des armes*, qui rappelle la violence originelle et le *combat*, je préfère parler d'*équité* ou de *loyauté* de ce qui ne doit plus être un *combat* mais un *débat*.

IV – Approches par les *instances internationales*

Je n'entends nullement empiéter sur le domaine d'Edmond Eichel, qui évoquera les aspects internationaux de notre sujet, mais seulement indiquer ce qui suit :

– *Quant aux textes*

L'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial... »

– *Quant à la doctrine des juristes internationaux*

Il est aujourd'hui unanimement admis que l'équité du procès appelle le respect de la contradiction.

– *Quant à la jurisprudence*

La jurisprudence (peu abondante jusqu'à présent) de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans ses arrêts *Bönish* (6/05/1985) et *Mantovanelli* (18/03/1997) penche dans le sens de l'inclusion de l'expertise judiciaire dans les règles du procès équitable, ce qui la soumet au principe de la contradiction.

J'ajoute au plan *politique* que, si le contradictoire est un fait de civilisation, *a contrario* son absence est une marque procédurale des régimes autoritaires.

V – Approche par les textes du *droit français*

Le Livre Premier du NCPC traitant des *Dispositions communes à toutes les juridictions* comporte en son Titre I *Dispositions liminaires* une Section VI intitulée précisément ***LA CONTRADICTION*** composée des articles 14 à 17 qu'il est utile de citer, et de les citer tous car ils sont indissociables :

Art. 14

« Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. »

Art. 15

« Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. »

Art. 16

« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

« Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

« Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

Art. 17

« Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief. »

On observera que l'article 16 ne vise expressément que le juge dont l'expert est, d'une certaine façon, le « délégataire » ; la jurisprudence est d'ailleurs tout à fait établie : puisqu'il y a débat devant l'expert, ce débat doit aussi être contradictoire : le contradictoire s'impose à l'expert parce qu'il s'impose au juge.

VI – Approche d'une définition par *l'esprit du droit*

Les textes qui viennent d'être cités ne rendent pas compte de la notion du contradictoire dans toute sa plénitude.

Je voudrais d'abord dire ce qu'elle n'est pas avant d'en exprimer la substance positive :

– *le contradictoire n'est pas une recette* ou même un ensemble de recettes qu'il suffirait d'appliquer, un corps de réglementation formant un tout rigide et fermé sur lui-même ;

– *le contradictoire est un état d'esprit*, une attitude d'ouverture aux arguments de l'autre et, pour l'expert comme pour le juge, une *disponibilité aux arguments* qui lui sont présentés.

Il inspire toute la procédure civile en substituant le ***débat*** au ***combat***. A cette fin, non seulement l'expert *respecte* le principe du contradictoire, mais il en *surveille* et même en *organise* la mise en œuvre dans le déroulement de sa mission d'expertise.

Mon propos est à présent d'illustrer cette définition par les brefs développements de la deuxième partie.

CHAPITRE II – LA CONTRADICTION DANS LE DÉROULEMENT NORMAL DE L'EXPERTISE

L'expertise, qui constitue une phase particulière de la procédure civile, est entièrement imprégnée de l'esprit du contradictoire, et ceci aux étapes essentielles de son déroulement, comme je vais tenter de le montrer.

I – La désignation de l'expert par le juge

Ici, l'expert n'est pas encore investi de sa mission et c'est donc au juge seul que s'impose le principe, de façon d'ailleurs indirecte ; en effet, le juge choisit seul l'expert, mais les parties peuvent demander la *récusation* de celui-ci au titre de l'article 234 du NCPC, alors que l'expert n'a que la faculté de refuser la mission ou de se déporter s'il s'estime susceptible de récusation.

II – La mission d'expertise

Sous ce terme unique j'englobe pour des raisons de commodité l'ensemble des missions confiées à un technicien, qu'il s'agisse de constatation, de consultation ou d'expertise.

De ce point de vue, force est de reconnaître que l'expert est rarement *pressenti* avant sa désignation en matière civile, et plus rarement encore appelé à donner un avis sur la teneur de sa mission initiale, il ne peut que l'accepter ou la refuser, alors que l'article 245 du NCPC depuis sa nouvelle rédaction du 20/07/1989 exige son avis pour une simple extension de mission, ce qui peut sembler paradoxal mais résulte en fait des circonstances de la désignation qui intervient le plus souvent en référé.

Les parties, en revanche, sont le plus souvent les initiatrices de la mesure d'instruction, dont le demandeur à l'expertise propose la nature et le contenu, voire le texte complet, sous le contrôle du défendeur qui peut soit demander le rejet de l'expertise, soit proposer une mission amendée.

L'expert n'est donc pas encore associé à ce stade à la mise en

œuvre du contradictoire : il ne le sera qu'une fois saisi de sa mission.

III – La réunion d'expertise

Retour aux sources de *l'oralité* du principe, la réunion d'expertise est un temps fort de l'expertise en matière civile.

La réunion d'expertise est à la fois le lieu et le temps de l'expression orale du débat, elle a une valeur et un poids symboliques, elle est aussi en pratique le lieu et le temps de la mise en œuvre du débat contradictoire puisque les parties et leurs conseils sont alors en mesure d'exposer face à face en présence de l'expert les arguments *techniques* de leur différend.

Il n'est pas question ici d'entrer dans tous les détails de la mise en œuvre d'une expertise que chacun connaît et pratique, mais plutôt de souligner les principes sous-jacents à la réglementation.

De ce point de vue, j'évoquerai l'émergence du contradictoire quant à la *convocation* et quant à la *tenue de la réunion.*

1. La convocation des parties et des tiers

Elle est régie par l'article 160 du NCPC qui arrête en substance :

– que, dans le cadre de sa mission d'expertise, c'est le *technicien commis* qui procède à la convocation des parties,

– que celle-ci doit être faite par *lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ou remise à leur défenseur d'un simple bulletin,

– que, si les parties et les tiers sont présents lors de la fixation de la réunion, ils peuvent être convoqués verbalement pour une réunion ultérieure,

– que *les défenseurs des parties sont avisés par lettre simple s'ils ne l'ont été verbalement ou par bulletin.*

Il en ressort que, de l'avis général, la convocation à la première réunion d'expertise doit être faite par lettre recommandée AR pour les parties et par lettre simple pour leurs avocats, et que les réunions suivantes pourront être convoquées verbalement lors de la réunion précédente si toutes les parties sont présentes, mais pas nécessairement tous les avocats.

En cause d'appel, la prudence et l'usage recommandent aussi d'aviser les avoués.

L'ensemble de ces règles et de leur interprétation jurisprudentielle a manifestement pour objet non pas d'obliger les parties et leurs conseils à être présents, ce qui n'est pas au pouvoir de l'expert, mais de leur permettre d'être informés de façon certaine de la mesure d'instruction, et d'être à même d'y participer.

2. La tenue de la réunion

Deux questions doivent être envisagées : les participants à la réunion et le déroulement de celle-ci.

a) Les participants

– Participent à la réunion en principe *les parties*, mais l'article 161 du NCPC dispose qu'elles peuvent s'en dispenser si la mesure n'implique pas leur audition personnelle. La rédaction du texte laisserait supposer qu'en dehors de cette hypothèse la présence est *obligatoire*, ce qui n'est nullement le cas ; cette présence est seulement utile pour l'efficacité de l'expertise et dans l'intérêt des parties elles-mêmes, qui ne peuvent d'ailleurs pas préjuger des questions que posera l'expert ni à qui il les posera, bref, du déroulement de la réunion.

– Sont également présents en général les *défenseurs*, c'est-à-dire en pratique les avocats, mais en cause d'appel, les avoués, qui représentent les parties, peuvent aussi être présents.

– Des *assistants techniques* des parties se présentent souvent aux réunions aux côtés des avocats, ce qui est admis en principe mais donne lieu parfois à des difficultés qu'évoquera tout à l'heure Bruno Pierre.

Quoi qu'il en soit, la présence de ces assistants permet, en présence de l'expert, un échange d'argumentation technique entre les parties qui va dans le sens d'un approfondissement du contradictoire.

– Enfin, le *Ministère Public* (art. 163 et 277) et le *juge* mandant ou le juge du contrôle (art. 156, 165, 241 et 274) peuvent assister aux opérations d'expertise, ce qui pose le problème de leur information précise des dates et lieux de réunions ; cette question prend, semble-t-il, une actualité nouvelle avec la rédaction de l'article 273 résultant du Décret du 28 décembre 1998, qui tend à resserrer le contrôle du juge sur le déroulement de l'expertise.

Observons toutefois que la surcharge de travail des magistrats ne leur permet qu'exceptionnellement, dans des affaires sensibles ou particulièrement conflictuelles, et le plus souvent à la demande expresse de l'expert, de mettre en pratique cette présence possible à des réunions d'expertise.

b) Le déroulement de la réunion

Les textes sont ici très discrets : on en déduira qu'en l'absence du juge, c'est l'expert qui dirige et anime la réunion.

– En ouvrant la réunion, il notera, sous la forme la plus appropriée, les personnes présentes, en s'assurant, s'il y a lieu, de leur identité. Cette formalité indispensable a le mérite, du point de vue qui nous occupe, de savoir si les personnes présentes étaient légitimement en mesure de participer au débat contradictoire.

– Au cours de la réunion, l'expert s'attachera à ce que chacune des parties ou de ses représentants puisse intervenir, et que la parole ne soit pas monopolisée par l'une des parties, il suscitera même les interventions par ses questions.

– L'expert assure la *police de la réunion.* Face aux débordements spontanés ou prémédités, il s'attachera à maintenir la dignité de la discussion, seul cadre dans lequel puisse se dérouler un débat constructif, quitte, en cas d'injures ou de violences, à lever la séance et à rendre compte sans retard et si possible séance tenante, à la juridiction. S'il se révélait négligent dans la police de la réunion, il encourrait le *« remplacement-sanction »* prononcé contre un expert le 8 novembre 1995 par le Tribunal de Bobigny (Gazette du Palais des 1-2/07/1998).

c) L'éventuel compte rendu de la réunion

L'article 274 du NCPC n'évoque un procès-verbal que lorsque le juge assiste aux opérations d'expertise. Il n'appartient donc pas à l'expert de dresser un *procès-verbal* et l'article 173 ne lui fait obligation que d'adresser son rapport à chacune des parties au terme de sa mission et d'en faire mention sur l'original.

Mais s'il estime utile de dresser et de diffuser un compte rendu à l'issue, par exemple, d'une importante réunion d'expertise, il ne peut que l'adresser à *toutes* les parties.

Contrairement à une interprétation extensive de l'article 273 du NCPC, il n'apparaît pas que l'expert soit tenu d'adresser cet éventuel compte rendu au juge.

IV – La documentation

Il ne peut être question ici que de rappeler les principes, tant la matière est fertile en difficultés qui seront au menu des rapports suivants. J'indiquerai seulement que, sous l'angle du contradictoire, l'expert est en présence de trois types de documents.

1. Les dossiers (le contradictoire est assuré)

L'article 268 du NCPC prévoit que l'expert peut se les faire remettre par le secrétaire de la juridiction. Cette disposition est aujourd'hui largement inappliquée, mais l'expert se fait communiquer ces dossiers par les avocats ou les avoués dès le début de son expertise.

Le contenu de ces dossiers, qui a fait l'objet de communication aux adversaires avant la désignation de l'expert, ne pose aucun problème au regard du contradictoire, sauf si des pièces ont été soustraites ou ajoutées, ce qui sort du cadre *normal* de mon exposé.

2. La documentation complémentaire versée par les parties (L'expert ***s'assure*** du contradictoire)

En principe, toute pièce complémentaire émanant des parties doit parvenir à l'expert par l'intermédiaire de l'avocat, qui assure la communication à son confrère adverse. Pour une communication des pièces en toute clarté, l'avocat établira un bordereau numéroté, et spécifiera dans sa lettre d'envoi qu'une copie des mêmes pièces a bien été adressée à l'adversaire.

Si l'envoi ne comporte pas cette mention ou s'il existe un double, l'expert demandera aux parties par tout moyen, voire par une question lors de la plus proche réunion, si la communication a bien eu lieu, cette précaution devant être respectée *a fortiori* dans les cas où comme cela est possible devant certaines juridictions, la partie qui communique des pièces n'a pas constitué avocat.

3. La documentation reçue des tiers (L'expert ***assure*** le contradictoire)

Le cas est ici celui de documents reçus directement par l'expert à la suite d'une demande qu'il a faite auprès de tiers (Banques, Administrations, Clients ou fournisseurs, technicien appelé au titre de l'article 278 du NCPC, souvent appelé *sapiteur*).

C'est alors à l'expert lui-même d'assurer la communication contradictoire de ces pièces.

Suivant le cas, et en fonction de la nature et du volume des pièces, il pourra soit en adresser copie au défenseur de chaque partie, soit organiser une réunion d'expertise au cours de laquelle aura lieu un examen en commun et un tri éventuel en vue de l'établissement de copies, soit proposer à chaque partie de venir, en accord avec les autres parties, consulter les pièces à son cabinet.

Cette question de la communication des pièces, très succinctement exposée ici, et sous ses seuls aspects *normaux*, est la source de multiples incidents et difficultés qui seront exposés dans les rapports suivants.

V – Les notes et dires des parties

Tout au long de l'expertise, et plus encore vers la fin, les parties font valoir auprès de l'expert, par l'intermédiaire des avocats, leurs arguments et leurs commentaires d'abord sur les prétentions de l'adversaire, puis sur l'expertise et sur les pré-conclusions de l'expert quand celui-ci leur en a fait part, quelle que soit la forme de cette information, que ce soit par une note écrite ou verbalement lors d'une réunion.

Selon l'article 276, qui fait obligation à l'expert de joindre à son rapport les observations des parties si celles-ci le demandent (ce que la pratique appelle un *dire*), celui-ci est aussi tenu, d'indiquer au moins dans son *« avis »*, c'est-à-dire ici dans son rapport, la suite qu'il leur aura donnée.

Lorsque le point de vue de l'expert se trouve contesté par les parties, il peut être amené à retenir totalement ou partiellement l'argumentation présentée. S'il ne retient pas cette argumentation et s'il estime justifiées ses premières conclusions, il doit alors apporter une contradiction motivée.

Comme dans le cas précédemment exposé des pièces provenant des tiers, l'expert n'est plus seulement *spectateur*, mais *acteur* du contradictoire.

VI – Synthèse présentée par l'expert

Je fais allusion ici à l'information que donne l'expert sur ses propres conclusions.

L'expert a pour obligation, ainsi qu'on l'a vu, de répondre aux questions posées par la mission ; il le fait (article 282) en donnant son *avis* soit verbalement à l'audience, ce qui est rare, soit, le plus souvent, et même toujours dans certaines spécialités comme la nôtre, par un rapport écrit.

– S'il donne un avis oral à l'audience, le débat contradictoire prendra place dans ce cadre. L'expert présent pourra utilement exposer cet avis, le motiver et répondre aux éventuelles questions ou observations.

– Si l'expertise donne lieu à l'établissement d'un rapport, le code n'impose pas expressément à l'expert de dévoiler ses conclusions aux parties *avant* le dépôt du rapport.

Or, il s'attache un intérêt à ce que cet avis, s'il peut susciter une discussion ou une contestation techniques soit connu avant que le rapport définitif ne cristallise la position de l'expert. La jurisprudence l'exige déjà pour l'avis du technicien d'une autre spécialité appellé par l'expert au titre de l'article 278, considérant que le débat technique doit être vidé au maximum au stade de l'expertise.

A la très forte demande des avocats de cette information des parties sur la position de l'expert lui-même, la pratique expertale répond positivement de plusieurs façons.

– Il est d'usage que l'expert informe *verbalement* les parties et leurs conseils de ses conclusions encore non définitives lors d'une dernière réunion d'expertise.

– Dans certaines affaires complexes, l'expert rédige une ou plusieurs *notes d'étapes*, soit à l'issue d'une réunion, soit après examen de pièces importantes, qui permettent à la fois de faire le point de l'avancement des travaux et d'indiquer le sens des conclusions provisoires qui s'en dégagent.

– Dans certains cas, le juge mandant demande à l'expert, soit dans la mission initiale, soit par la suite, de dresser un *pré-rapport*, ce qui s'impose alors à l'expert. Dans des cas beaucoup plus fréquents, ce sont les conseils des parties qui demandent à l'expert un pré-rapport. Ce point assez controversé fera l'objet d'un développement dans l'exposé suivant.

Quoi qu'il en soit, quelle qu'en soit la forme, et même si le

code ne le prévoit pas expressément, l'esprit qui sous-tend le principe de la contradiction appelle l'expert à faire connaître aux parties *le sens de ses conclusions* avant le dépôt de son rapport, afin :

– que les parties soient à même de réagir devant lui, oralement ou par écrit,

– qu'il puisse éventuellement compléter son avis et en éliminer ce qui pourrait être erroné,

– et, de façon plus générale, que les aspects techniques du litige aient été clairement et complètement débattus avant la phase de l'audience.

*
**

Au terme de cette étude, nécessairement succincte, les liens du *contradictoire* avec *l'expertise* me paraissent pouvoir se résumer par les quatre propositions suivantes :

1 – Le contradictoire s'ouvre par la communication initiale des dossiers et des pièces : c'est ***le contradictoire par la documentation.***

2 – Il s'épanouit dans le débat oral lors des réunions d'expertise : c'est ***le contradictoire par la confrontation.***

3 – Il s'approfondit et se concentre par les notes et dires : c'est ***le contradictoire par l'argumentation.***

4 – Il s'achève avec ***la synthèse que réalise l'expert*** en rédigeant ses conclusions finales, fruit à la fois de ses propres travaux et de la confrontation de ceux-ci avec les arguments contradictoires des parties.

*
**

Telles me paraissent être les idées-forces du principe de la contradiction et les modalités de sa mise en œuvre ***dans les conditions normales de l'expertise.***

Il appartiendra à mes confrères rapporteurs de montrer que ce schéma *idéal* comporte, dans la pratique, une grande variété d'entraves et de difficultés.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Merci beaucoup, Monsieur le rapporteur, de votre excellent exposé qui a mis plusieurs choses en relief. J'en retiens notamment deux. D'une part vous avez parlé de l'arrêt Mantovanelli, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. Cet arrêt est important car il a mis en évidence que les parties doivent pouvoir faire entendre leur voix de toute façon avant le dépôt du rapport. C'est une règle que les juges européens ont affirmée. C'est la règle également en droit interne, il faut tout de même en prendre conscience. Ce n'est qu'un aspect de la contradiction. Vous avez montré les autres et notamment le caractère impérieux des convocations dans les termes prévus par l'article 160 du code de procédure civile aux réunions d'expertise et à toutes les réunions. La jurisprudence est maintenant bien fixée ; il suffit qu'une convocation n'ait pas eu lieu pour que l'expertise soit nulle. Il faut, je crois, retenir par cœur tous les aspects que vous avez soulignés à la fin de votre rapport.

Maintenant que nous connaissons les différentes implications du principe de la contradiction nous allons prendre connaissance de l'exposé de M. Pierre sur les principales difficultés d'application.

LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION : PRINCIPALES DIFFICULTÉS

par Monsieur Bruno PIERRE

Expert près la Cour d'appel de Rennes

Mesdames et Messieurs,

Notre Confrère André Gaillard vient de dresser un tableau complet et subtil des origines, fondements et aspects du principe de la contradiction, puis de sa mise en œuvre dans le déroulement normal de l'expertise.

Je vais maintenant évoquer avec vous certaines difficultés rencontrées fréquemment par l'expert-comptable judiciaire dans la mise en pratique du principe de la contradiction. J'exclurai de celles-ci le « secret professionnel » et le « secret des affaires » qui feront l'objet des 3e et 4e exposés de cette journée d'étude.

Les principales difficultés que j'examinerai successivement concernent :

d'une part :

1 – Le déroulement des opérations d'expertise

Dans cette première phase, l'expert s'assure principalement du respect du contradictoire et en tire les conséquences.

d'autre part :

2 – La fin des opérations d'expertise

Dans cette dernière phase, l'expert devient acteur du contradictoire : il y participe personnellement, en particulier par l'éventuelle communication de son projet de rapport et par les réponses qu'il apporte aux dernières observations des parties.

1 – LES DIFFICULTÉS POUVANT APPARAÎTRE PENDANT LE DÉROULEMENT DES OPÉRATIONS D'EXPERTISE

Celles-ci sont relatives d'une part aux pièces nécessaires à l'expertise, d'autre part aux personnes participant à divers titres aux opérations d'expertise.

*
**

Avant d'évoquer trois difficultés relatives aux pièces nécessaires, rappelons quelles sont les sources d'informations de l'expert :

– les parties elles-mêmes, qui lui communiquent leurs documents par l'intermédiaire des avocats en début d'expertise (les dossiers) ou au cours de celle-ci (les pièces complémentaires) ;

– la « quête documentaire » auprès des parties (par l'examen de pièces sur place), ou auprès de tiers détenteurs ou de sachants.

1.1 – Le volume et la nature des pièces à examiner

L'expert peut tout d'abord être confronté à la difficulté de faire respecter la contradiction dans la communication matérielle des pièces proprement dites.

Une décision de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation (1) confirme que *« tout document utilisé dans la procédure doit être versé aux débats et que la preuve de cette communication doit pouvoir être apportée »*.

Les pièces adressées à l'expert par les parties, de préférence avant la première réunion d'expertise, ont été en général déjà communiquées entre les avocats, bordereaux à l'appui ; l'expert doit s'en assurer et, en cas de doute, ces pièces doivent faire l'objet d'un pointage réciproque devant lui.

Mais une difficulté supplémentaire apparaît lorsque le volume des pièces est important et que les pièces que les parties souhaitent produire – ou que l'expert veut examiner – après le commencement de l'expertise, n'ont pas fait l'objet d'une communication contradictoire préalable entre les parties.

Si la photocopie de ces pièces reste possible, la partie qui les produit en assure la diffusion contradictoire (l'expert peut aussi le faire après en avoir fait chiffrer le coût) mais leur volume, leur forme ou leur nature peuvent rendre leur reproduction par photocopie difficile ou impossible ; citons en particulier les états informatiques non immédiatement déchiffrables, non déliassés, non reliés, les registres comptables, les pièces et documents reliés.

Comment résoudre ces difficultés d'ordre pratique ?

Il semble qu'avec l'accord écrit des parties, il puisse être décidé que ces pièces soient déposées au cabinet de l'expert, après qu'une liste détaillée en ait été établie et diffusée contradictoirement aux parties. Celles-ci et leurs conseils seront avisés par l'expert de la possibilité qui leur est offerte de les consulter à son

(1) Cour de cassation, 2e Ch. civ. 19/06/1996 (réf. 1358 ; pourvoi n° 94.11.090 W – gr. n° 715 P+B).

cabinet, sur rendez-vous et en sa présence de préférence. Si, à l'issue de cet examen, une partie – ou son avocat – souhaite obtenir des photocopies de certaines pièces, elle les demande à l'expert qui en assurera alors la diffusion contradictoire.

1.2 – Le défaut de communication des pièces par les parties en cours d'expertise ou leur communication tardive

1.2.1. Le défaut de communication

A l'inverse de la situation précédente où il était confronté à un volume important de pièces communiquées par les parties, l'expert peut rencontrer des difficultés à se faire communiquer celles qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il doit alors relancer les retardataires par lettre recommandée avec accusé de réception.

Si, malgré son insistance, les parties ou l'une d'entre elles ne se conforment pas à ses demandes, l'expert doit en informer le Juge du contrôle qui peut alors, conformément aux articles 11, 243 et 275 du NCPC, ordonner la production des documents, éventuellement sous astreinte, ou bien autoriser l'expert à déposer son rapport en l'état.

1.2.2. La communication tardive de pièces par les parties, bien que gênante, est en général moins dommageable pour le déroulement de l'expertise ; elle retarde les dernières opérations et nécessite un délai supplémentaire qui, si le Juge le lui accorde (art. 279 du NCPC), permettra à l'expert : d'une part de s'assurer qu'un débat contradictoire s'est établi entre les parties, d'autre part de modifier le cas échéant son opinion et le rapport qu'il s'apprêtait à déposer.

L'expert doit, de la même façon, veiller à la synchronisation des communications de documents entre les parties afin d'éviter des décalages nuisibles au débat contradictoire.

Une décision de la Cour d'appel d'Amiens (2) établit en effet *« que la communication tardive à la partie adverse de documents que l'expert a pris en considération pour émettre son avis ne met pas en mesure cette dernière de présenter ses observations, et que doit donc être annulé pour violation du principe du contradictoire le rapport d'expertise dont les mentions ne font pas ressortir l'examen par cette partie des documents litigieux ».*

1.3 – Les investigations techniques et la quête documentaire chez l'une des parties ou chez un tiers

Les difficultés pouvant apparaître dans ces circonstances s'apparentent à celles relatées précédemment dans la mesure où l'expert souhaite examiner, en général chez une partie, des « documents » n'ayant pas fait l'objet d'une communication contradictoire préalable ; mais elle est aussi plus large que les précédentes dans la mesure où elle peut porter, non seulement sur des pièces comptables ou justificatives proprement dites, mais également :

– sur des dossiers volumineux à analyser,

– sur des éléments dématérialisés (micro-fiches ; fichiers/sauvegardes informatiques), *ou, plus rarement dans notre spécialité,*

– sur des biens matériels (immobilisations, stocks), notamment à l'occasion de constatations.

L'expert devra alors se rendre sur place et procéder à des vérifications ou constatations techniques, en dehors de son cabinet et du lieu où il organise habituellement ses réunions d'expertise.

Mais la frontière intellectuelle entre de simples constatations techniques et leur exploitation dans l'expertise est souvent difficile à situer.

D'ailleurs la Cour de cassation, dans une jurisprudence récente de sa 2e Chambre civile (3), a confirmé que l'expert doit soumettre aux parties les résultats d'investigations techniques auxquelles il a procédé en dehors de leur présence afin de leur permettre d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport.

« A violé les articles 16 et 160 du Nouveau Code de Procédure Civile la Cour d'appel qui, pour débouter la partie qui contestait l'authenticité d'un testament de sa demande d'annulation de l'expertise en écriture, a retenu que l'expert a convoqué les parties à une réunion au cours de laquelle celles-ci lui ont remis les pièces de comparaison qu'elles détenaient, qu'il a procédé à l'analyse de ces pièces hors la présence des parties, en raison de la spécificité de sa technique, et qu'il a communiqué son rapport aux parties qui ont pu en débattre contradictoirement, alors que l'expert n'avait pas soumis aux parties les résultats des investigations techniques auxquelles il avait procédé hors leur présence, afin de leur permettre d'être éventuellement à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport. »

Aussi il nous semble nécessaire que l'expert respecte la procédure suivante :

– informer verbalement les parties des opérations techniques projetées ;

– convoquer en tout état de cause les parties dans les formes habituelles, en précisant les opérations qui seront effectuées ;

– signaler qu'à l'occasion de la prochaine réunion d'expertise, il sera effectué une synthèse des opérations réalisées : documents examinés, constatations effectuées, pièces sélectionnées alors communiquées contradictoirement par l'expert.

L'une des parties peut s'opposer à la venue de son adversaire dans ses locaux ; une solution peut alors consister à délimiter une zone neutre (une pièce fermée par exemple) réservée spécialement à ces opérations techniques et dont l'expert posséderait la clé pendant la durée des opérations d'expertise. Si la difficulté perdure, l'expert en référera au Juge sur la base de l'article 279 du NCPC.

Les pièces devant être consultées étant souvent comprises dans un ensemble de documents dont une partie est étrangère au litige, l'expert devra d'une part identifier les pièces ou documents qui concernent l'expertise – qui devront être communiqués – et ceux qui ne la concernent pas – qu'il devra écarter.

En tout état de cause, au niveau de son rapport, l'article 244 du NCPC oblige l'expert à « ne faire état que des informations légitimement recueillies » et lui interdit de révéler les « autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission ».

D'autre part si des pièces sélectionnées apparaissent « confidentielles », l'expert veillera à obtenir l'accord de la partie concernée pour les communiquer contradictoirement.

(2) Cour d'appel d'Amiens, 1re Ch. civ. 13/02/1998 ; RG n° 9505483.

(3) Cour de cassation, 2e Ch. civ., 18/01/01 ; Gazette du Palais – 8/9 juin 2001.

On retrouve une situation analogue avec les sociétés de garde d'archives qui remettent à l'expert des caisses entières de documents qui ne peuvent être communiqués tels quels : leur volume est trop important et une sélection des documents concernant la mission est nécessaire, préalablement à leur communication.

Dans cette phase des opérations d'expertise, couramment appelée « quête documentaire », l'expert intervient parfois seul et apparemment en marge d'une stricte application du principe de la contradiction. Si l'assistant technique d'une partie souhaite assister à ces opérations, l'expert obtiendra son engagement préalable d'observer une stricte confidentialité, ou à défaut il devra en référer au Juge chargé du contrôle.

L'une des parties peut opposer à l'expert le secret professionnel ou le secret des affaires : les difficultés importantes résultant de ces situations feront l'objet des exposés de nos confrères Sylvain Chaumet et Didier Faury cet après-midi.

Un cas particulier et intéressant peut enfin être évoqué ici : l'expert désigné successivement dans deux affaires similaires et concernant les mêmes parties ne peut faire état dans la seconde affaire du rapport qu'il a lui-même déposé dans la première. Si l'une des parties souhaite que l'expert fasse référence à son rapport, elle devra lui communiquer celui-ci contradictoirement.

*
**

Je vais maintenant évoquer trois difficultés relatives aux personnes participant à divers titres aux opérations d'expertise, autres que les parties et leurs avocats.

1.4 – La présence, aux côtés des parties, de « conseils » ou « assistants techniques »

Dès la première réunion qu'il organise, l'expert constate souvent la présence, aux côtés des parties et de leurs représentants (avocats), de personnes choisies en qualité de « conseils » ou « assistants techniques » (art. 161).

On peut citer par exemple :

– les experts des compagnies d'assurances ;

– les experts-comptables des parties ;

– des salariés des parties, spécialistes du litige soumis à l'expertise.

La participation d'assistants techniques aux opérations d'expertise est possible et souvent souhaitable, mais leur présence peut aussi être la source de quelques difficultés ; aussi nous proposons à l'expert judiciaire la démarche pratique suivante.

Celui-ci s'assurera :

– que le nombre des assistants techniques n'est pas disproportionné et que leur qualification est compatible avec sa mission,

– que l'une des parties ne s'oppose pas à leur présence ; si c'est le cas et s'il ne peut résoudre cette difficulté, à condition qu'elle soit importante, l'expert en référera au Juge,

– que les assistants techniques sont accompagnés par les parties ou leurs représentants lorsqu'ils interviennent dans des expertises ordonnées par des juridictions devant lesquelles ils n'ont pas de possibilité de représentation (notamment TGI et Cour d'appel) ; en effet ils ne peuvent pas représenter les parties sauf mandat en bonne et due forme (art. 416 du NCPC) et dans les seules procédures qui le prévoient (notamment : Tribunal de Commerce, art. 853 du NCPC) ;

– enfin que leur rôle est strictement limité :

  – l'expert doit faire en sorte qu'ils ne s'adressent pas directement aux autres parties, s'abstiennent de toute polémique, suivent avec discrétion les opérations d'expertise et suggèrent à leurs clients des questions ou observations ;

  – l'expert doit les informer que les opérations d'expertise sont protégées par le secret professionnel et ne peuvent être divulguées.

Je terminerai par une décision de la 1re Chambre civile de la Cour de cassation (4) de laquelle il ressort *« qu'un médecin-expert est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise, y compris après la phase de l'examen clinique ; ce médecin-expert avait fait participer à sa réflexion, après cette phase, le seul médecin désigné par l'une des parties »*.

1.5 – L'audition de personnes informées (art. 242 du NCPC) couramment appelées « sachants »

Il s'agit ici des « personnes informées » de tout ou partie des faits constituant l'objet de l'expertise ou en lien avec elle, sans compter parmi les parties à la procédure.

Citons par exemple : les administrations fiscales et les organismes sociaux, les salariés actuels ou anciens, les banquiers, les experts comptables, les commissaires aux comptes, les administrateurs judiciaires, les liquidateurs, les conseils divers des parties, les clients, les fournisseurs, etc.

Les parties peuvent proposer à l'expert les personnes à entendre. Certaines sont légitimement tenues au secret professionnel.

L'expert doit tout d'abord préciser l'identité des sachants et leurs éventuels liens avec les parties.

Leur audition par l'expert doit être compatible avec la contradiction, cette audition pouvant s'effectuer par écrit (A) ou oralement (B).

A – Afin de respecter le principe de la contradiction, l'expert veillera à communiquer aux parties et avocats une copie des questions qu'il pose par écrit aux sachants ainsi que des réponses obtenues. Il pourra les annexer à son rapport dans la mesure où les informations recueillies présentent un intérêt.

B – Si l'expert recueille des informations orales d'un sachant, il le fait normalement au cours d'une réunion d'expertise, après convocation et en présence des parties (art. 160 du NCPC). L'expert pose lui-même les questions au sachant et note ses réponses. Les parties ne peuvent pas en principe s'adresser directement au sachant ; si elles le souhaitent, elles suggèrent des questions à l'expert.

Si, exceptionnellement et après avoir obtenu nécessairement l'accord écrit des parties, l'expert procède seul à l'audition d'un sachant, un compte rendu complet de l'entretien mentionnant précisément les sujets abordés et les informations et pièces obtenues doit alors être diffusé contradictoirement par l'expert, le plus tôt possible après l'entretien, puis annexé à son rapport.

Pour illustrer et élargir notre propos, citons deux décisions de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation sur ce sujet :

1) L'expert a l'obligation de soumettre à la discussion des parties

(4) Cour de cassation, 1re Ch. civ. 01/06/1999 ; Recueil Dalloz 1999, informations rapides p. 192.

les éléments obtenus des organismes consultés par lui et qui ont déterminé ses conclusions ; à cet effet, les informations recueillies doivent au moins être annexées à son rapport (5).

2) L'évaluation faite par un expert qui n'a pas précisé la source de ses informations, mettant les parties dans l'impossibilité de procéder aux vérifications utiles, n'est pas contradictoire (6).

ainsi qu'une décision de la 1re Chambre civile :

3) L'expert constatant le mauvais fonctionnement d'un appareil photocopieur avait entendu seul un tiers en qualité de sachant ; il a communiqué ultérieurement aux deux parties les déclarations du tiers entendu et celles-ci sont restées accessoires dans son appréciation ; malgré cela, la Cour a estimé que cette audition n'a pas eu lieu de façon contradictoire car les déclarations du tiers entendu par l'expert faisaient état du mauvais fonctionnement d'un appareil du même type et devaient être portées par l'expert à la connaissance des parties afin qu'elles soient à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport (7).

1.6 – Le recours à un technicien d'une autre spécialité (art. 278 du NCPC) couramment appelé « sapiteur »

Lorsque la mission confiée à l'expert-comptable judiciaire comporte un ou plusieurs aspects techniques relevant d'une autre spécialité que la sienne, l'expert peut alors désigner lui-même un technicien ou spécialiste, couramment mais improprement appelé « sapiteur », dont il recueillera l'avis.

Avant de parler du sapiteur, rappelons que si l'expert-comptable judiciaire se voit confier une mission dans laquelle les éléments techniques se situant hors de sa spécialité lui apparaissent majeurs ou prépondérants, il sera bien inspiré de s'adresser au Juge pour lui demander de désigner lui-même dans la même affaire un autre expert d'une spécialité différente. Des missions différentes et des rapports distincts sont alors souvent préférables, mais dans certains cas la complémentarité des spécialités peut justifier une mission commune avec un rapport commun.

Revenons au technicien (art. 278) dont l'expert souhaite recueillir l'avis sans déroger au principe de la contradiction.

A – La sélection du technicien incombe à l'expert : son identité, sa spécialité et l'objet technique de sa mission.

Le technicien sera choisi de préférence parmi les experts inscrits, mais pas obligatoirement car, selon une décision de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation, *« aucun texte n'exige que le spécialiste consulté soit lui-même inscrit sur la liste d'experts »* (8).

Rappelons cependant que l'expert a l'obligation de remplir personnellement sa mission ; citons à ce sujet deux décisions de la Cour de cassation où l'on relève notamment que :

– *« L'expert ne peut que recueillir l'avis d'un autre technicien et non faire procéder à des opérations qui relèvent de sa mission d'expertise* (9). *»*

– *« Le recours par l'expert à un autre technicien ne doit pas conduire à la sous-traitance ou la délégation des opérations d'expertise* (10). *»*

L'expert informe les parties du choix effectué et répond aux éventuelles objections (conflit d'intérêts par exemple).

D'après un arrêt de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation (11) *« l'expert n'a pas à solliciter d'autorisation avant de s'adjoindre le concours d'un technicien relevant d'une spécialité distincte de la sienne »*, mais bien qu'il n'en ait pas l'obligation, l'expert peut trouver utile d'aviser le magistrat chargé du suivi de l'expertise de son choix d'un technicien et de la mission qu'il entend lui confier ; il demande alors au magistrat d'ordonner le versement d'un complément de provision correspondant au coût prévisible (devis) de l'intervention de ce technicien.

B – L'expert commis :

– convoque lui-même les parties aux travaux du technicien dans les formes requises,

– s'assure que ses travaux sont réalisés contradictoirement et que les observations des parties sont prises en compte.

Le technicien choisi dresse de ses travaux un rapport qu'il remet à l'expert, à charge pour celui-ci de le diffuser aux parties pendant l'expertise et de l'annexer à son rapport en fin d'expertise. Citons à ce sujet une décision de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation (12) :

« Il doit résulter du jugement ou des productions que l'avis des spécialistes consultés par l'expert a été porté, avant le dépôt du rapport, à la connaissance des parties afin de leur permettre d'en discuter devant l'expert. »

Dans ce dernier arrêt (objet de l'expertise : le fonctionnement d'un transformateur électrique), le désordre affectant un transformateur ayant été localisé au cours d'une réunion organisée par l'expert en présence des représentants du fabricant, il fut décidé, pour en trouver l'origine, de faire procéder à un examen par un organisme spécialisé ; de la sorte, les représentants du fabricant ont disposé de la possibilité d'adresser toutes observations à l'expert commis dont ils ont été, ensuite, en mesure de discuter les conclusions. Mais il ne résulte ni de l'arrêt, ni des productions, que l'avis du spécialiste consulté ait été, de quelque autre manière, porté, avant le dépôt du rapport, à la connaissance du fabricant afin de lui permettre d'en discuter devant l'expert.

C – Il est indispensable que l'expert, à la fin des travaux du technicien, convoque les parties pour une réunion d'expertise à laquelle participera le technicien, afin que celui-ci puisse répondre, en présence de l'expert, aux observations des parties relatives à ses travaux, constatations et avis. C'est ainsi que la 3e Chambre civile de la Cour de cassation (13) a confirmé la validité d'un rapport d'expertise en relevant :

« – que les constatations et les investigations effectuées par le spécialiste chargé d'assister l'expert l'avaient été à l'occasion de réunions auxquelles toutes les parties avaient été conviées, dans le respect du principe de contradiction,

– qu'il n'était pas justifié que les dires écrits ou verbaux n'auraient pas reçu de réponse,

(5) Cour de cassation, Civ. 2e 30/11/1988 ; bull. civ. II, n° 236.
(6) Cour de cassation, Civ. 2e 4/06/1993 ; bull. civ. II, n° 191.
(7) Cour de cassation, 1re Ch. civ. 19/12/1995 ; Recueil Dalloz 1996.
(8) Cour de cassation, 3e Ch. civ. 17/07/1985 ; Dalloz 1986.IR.225, obs. Julien.
(9) Cour de cassation, 2e Ch. civ. 19/02/1997 ; Bull. civ. II, n° 49.
(10) Cour de cassation, 3e Ch. civ. 8/04/1999 ; Bull. civ. III, n° 89.
(11) Cour de cassation, 3e Ch. civ. 23/10/1984 ; Bull. civ. III, n° 172.
(12) Cour de cassation, 2e Ch. civ. 16/12/1985 ; Bull. civ. II, n° 199 et 20/10/1993 ; JCP 1993.IV.2671.
(13) Cour de cassation, 3e Ch. civ. 4/11/1999 ; pourvoi n° 98.10.694 Y – gr. n° 1565 P.

– *et que l'expert judiciaire avait supervisé l'ensemble des opérations à l'occasion de réunions contradictoires.* »

L'expert pourra ainsi : d'une part se rendre compte de l'acceptation par les parties des travaux et avis du technicien, et d'autre part s'assurer de la cohérence indispensable entre ceux-ci et sa propre mission.

Il est aussi possible que l'expert ne suive pas intégralement l'avis du technicien. Dans certains cas – extrêmes et rares – si l'expert devait remettre totalement en cause l'avis du technicien, il devrait alors désigner un autre spécialiste auquel il confierait une nouvelle mission technique.

Pour conclure sur ce point, je citerai notre confrère Pierre Ducoroy pour qui l'on est en présence d'une sorte de « tutelle procédurale de l'expert sur le technicien », celui-ci étant « incapable procéduralement » mais « capable techniquement ». Cette formule résume de façon claire et imagée les situations respectives de l'expert et du technicien, à l'égard de la mission et des parties.

2 – LES DIFFICULTÉS POUVANT APPARAÎTRE A LA FIN DES OPÉRATIONS D'EXPERTISE

2.1 – Note de synthèse, prérapport ou projet de rapport communiqué aux parties

L'un des aspects les plus controversés de notre pratique professionnelle d'expert-comptable judiciaire est « la note de synthèse » ou mieux encore « le projet de rapport » ou le « pré-rapport » que l'expert communique aux parties.

2.1.1. Monsieur Michel Olivier, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, est l'auteur d'un intéressant article critique paru en janvier 1995 dans « la Gazette du Palais » et intitulé « Du "prérapport" et de son usage en expertise judiciaire », dont la troisième partie intitulée « prérapport et précommunication aux parties du rapport d'expertise » concerne notre débat d'aujourd'hui.

Rappelons tout d'abord que notre pratique a évolué sur ce point, de notre fait (experts), du fait des avocats représentant les parties, ou du fait des magistrats qui nous désignent. Dans le ressort de cette Cour d'appel (Rennes), les magistrats demandent en effet fréquemment à l'expert dans sa mission de *« communiquer le projet de son rapport aux parties afin de recueillir leurs observations éventuelles dans un délai qu'il fixera »*.

Or, pour Monsieur Olivier et de nombreux experts, notamment les plus expérimentés de nos anciens, la notion de « projet de rapport » serait à rejeter pour trois raisons :

1. l'article 282 du NCPC prescrit à l'expert de déposer un rapport ; il ignore en particulier le terme de « prérapport »... néologisme sans base légale ; la Cour de cassation, par deux arrêts de la 1re Chambre civile (14), a confirmé qu'aucune disposition légale n'imposait le dépôt d'un prérapport ;
2. le prérapport lierait l'expert à l'égard des parties, le plaçant dans une situation difficile – à la limite ingérable – s'il devait modifier son point de vue ensuite, c'est-à-dire pour son rapport définitif... or l'expert doit rester libre de ses conclusions jusqu'au terme de sa mission ;
3. la mise au point par l'expert de son rapport dans le silence de son cabinet serait une œuvre solitaire, non soumise au principe de la contradiction définie par les articles 14 à 16 du NCPC, et c'est au Juge qui l'a désigné que l'expert devrait réserver la primeur de ses conclusions par le dépôt de son rapport au Greffe.

Pour ces raisons, Monsieur Olivier et nos confrères lui préfèrent une moins ambitieuse « réunion de synthèse » ou une « note de synthèse écrite » des opérations d'expertise effectuées à une date déterminée précédant le dépôt du rapport.

2.1.2. Le sujet qui nous réunit aujourd'hui (le principe de la contradiction) devrait nous conduire à avancer dans ce débat, à la lumière de notre expérience.

La question peut se résumer en ces termes :

Quel intérêt peut-on trouver à la communication par l'expert aux parties (et non au Juge) – avant le dépôt du rapport proprement dit prévu par l'article 282 – d'un document de travail écrit, provisoire mais exhaustif, structuré comme le sera son futur rapport et comportant ses avis en l'état, mais sans conclusions définitives ?

L'intérêt d'un tel document est considérable pour les parties, l'expert et indirectement le Juge ; il se situe à mon sens précisément dans le perfectionnement de la contradiction, car ce document rappelle tous les éléments relatifs à la mission confiée à l'expert et à sa réalisation et permet à chacun de les vérifier, de son propre point de vue, avant le dépôt du rapport par l'expert.

Ainsi toute partie garde la faculté, avant le dépôt du rapport, de faire le cas échéant observer à l'expert :

- l'omission de telle pièce communiquée,
- des erreurs d'appréciation ou d'interprétation des pièces communiquées,
- des erreurs matérielles,
- une réponse estimée insuffisante à telle question incluse dans sa mission, etc.

... lui permettant ainsi, avantage résumant tous les autres, de tester et fiabiliser l'application du principe de la contradiction sur l'ensemble de sa mission et de **purger**, préalablement au dépôt de son rapport, les principaux manquements qu'il aurait pu commettre à l'encontre de ce principe.

L'expert participe alors directement au débat contradictoire, dans le cadre de sa mission.

Il reste enfin à l'expert, après avoir reçu les observations des parties sur son « projet de rapport » dans le délai fixé, de les analyser dans le silence de son cabinet, de les annexer à son rapport et d'indiquer la suite qu'il leur aura donnée (art. 276 du NCPC), modifiant ou non son projet, et arrêtant ses conclusions pour aboutir au rapport définitif qu'il dépose.

2.1.3. Les magistrats et les parties voient un autre avantage au « projet de rapport » : celui d'anticiper et de traiter, avant l'examen au fond du rapport de l'expert, la plupart des questions liées à sa mission que ce rapport n'aurait pas manqué de soulever s'il avait été déposé directement (oserais-je dire « prématurément » ?) et d'épargner ainsi au Tribunal certaines discussions techniques.

2.1.4. Mais il faut reconnaître et accepter que cette sage précaution que constitue le « projet de rapport » a un coût en termes d'honoraires et frais d'expertise, allonge la durée des opérations et augmente le délai nécessaire à l'expert pour déposer son rapport.

En réalité ces inconvénients ne sont qu'apparents : en effet le passage par un « projet » préalable au « rapport définitif » fiabilise celui-ci et favorise la suite de la procédure judiciaire. Incomparablement plus élevés seraient les coûts et plus longs les délais qui seraient la conséquence d'une faute de l'expert ou des parties à l'égard du principe de la contradiction, découverte après le

(14) Cour de cassation, 1re Chambre civile : arrêts du 9 octobre 1990 et du 8 juillet 1994.

dépôt du rapport et pouvant conduire à une annulation des opérations et du rapport d'expertise !

Aux yeux de ses partisans, la méthode du projet de rapport permet de réduire considérablement ces risques, en particulier dans les affaires complexes.

2.1.5. Dans les conclusions de son article précité, Monsieur Michel Olivier recommande une clarification afin d'éviter des pratiques diversifiées pouvant nuire à l'application du principe contradictoire, « fondement de notre justice démocratique ». Il envisage plusieurs solutions pour y parvenir, notamment une réforme législative introduisant le « prérapport » dans le NCPC en complétant par exemple ses articles 173 et 247.

Pour terminer ce point, je citerai une décision de **jurisprudence** se rapprochant du sujet dont nous débattons :

La partie qui a été associée aux phases essentielles de l'expertise et qui a eu la faculté de débattre et de critiquer les conclusions de l'expert, n'est pas fondée à se prévaloir d'un prétendu défaut de contradiction résultant de ce qu'elle aurait été absente lors d'investigations purement techniques qui ne requéraient pas au demeurant nécessairement sa présence (Cour de cassation, 1re Ch. civ. 6/02/1997 ; Revue de l'arbitrage, 1997, p. 556).

2.2 – Les observations écrites des parties (souvent appelées « dires ») reçues hors délai

Rappelons tout d'abord que l'article 276 du NCPC impose à l'expert de prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, de les joindre à son avis si les parties le demandent. Il doit faire mention, dans son rapport, de la suite qu'il leur aura donnée.

Normalement, l'expert qui a reçu des observations écrites dans le délai fixé les joint à son rapport et indique la suite qu'il leur a donnée.

Mais, au moment où l'expert s'apprête à déposer son rapport, il arrive qu'il reçoive d'une partie des observations ou des documents après la date qu'il avait fixée.

Il doit alors procéder à une estimation objective des éléments reçus hors délai et décider de son comportement ; trois cas peuvent se présenter :

1. si les éléments reçus ont un caractère dilatoire ou hors sujet prononcé, ou encore s'ils n'apportent rien de nouveau et ne modifient pas les conclusions de l'expert, et que son rapport est terminé : il les annexera à une lettre d'envoi de son rapport au tribunal et les y mentionnera, sans autres commentaires ;

2. s'ils constituent des éléments nouveaux intéressant la mission : après avoir consulté le magistrat et obtenu son accord à ce sujet, l'expert retardera le dépôt de son rapport et fixera aux parties un nouveau délai pour prendre position sur ces éléments nouveaux ;

3. si enfin l'expert reçoit des observations écrites des avocats ou des parties après le dépôt de son rapport, étant dessaisi du dossier, il devra :

• soit en faire retour à l'avocat pour que celui-ci les envoie au Juge, solution qui a notre préférence ;

• soit les adresser lui-même au Juge.

Remarquons que le NCPC ne prévoit rien dans ce cas.

CONCLUSION

Les difficultés que nous avons évoquées peuvent compliquer les opérations d'expertise, en augmenter la durée et le coût.

Pour atténuer ces conséquences, tout en respectant le principe de la contradiction, l'expert devra s'attacher à exercer son autorité sur l'ensemble de sa mission :

– en appréciant avec discernement les difficultés et incidents,

– en s'opposant avec détermination aux personnes qui entravent l'application du principe contradictoire ou ont un comportement dilatoire,

– en imposant parfois ses choix pour résoudre les difficultés apparues.

Il gardera toujours à l'esprit qu'il tient son autorité et ses obligations du magistrat qui l'a désigné, à qui il devra toujours se référer en cas de difficulté persistante qu'il ne peut résoudre par lui-même.

Je vous remercie, Mesdames et Messieurs, de votre bienveillante attention.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Nous remercions M. Pierre de son intervention. Dans votre dernière phrase vous avez dit, Monsieur Pierre, que l'expert *pourra* toujours se référer au juge en cas de difficulté persistante. Je dirai qu'il *devra* se référer.

Suspension de la séance.

La séance est reprise à 11 h 30

M. le Président Buffet. – Nous reprenons le cours normal de cette journée d'étude. Nous avons devant nous trois quarts d'heure pour la réflexion et la créativité. Nous avons également la chance de bénéficier de la présence de M. le Professeur Loïc Cadiet à qui je vais demander de nous dire ce que lui inspirent ce colloque et les rapports qui ont été présentés.

Monsieur le Professeur Cadiet. – Merci. Je suis donc professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). Permettez-moi tout d'abord de vous remercier de m'avoir invité à votre Congrès pour y discuter avec vous du principe de la contradiction dans l'expertise.

A ce remerciement, j'ajoute l'expression d'un grand plaisir,

non seulement parce qu'il est question de la contradiction qui est un principe essentiel, le principe essentiel du procès avec le principe d'impartialité (la contradiction et l'impartialité du juge vont de pair), mais grand plaisir surtout car vous me donnez ainsi l'occasion de me retrouver dans ces lieux que j'ai fréquentés, il y a près de dix ans maintenant alors que j'étais encore professeur à Rennes. Je suis donc très heureux de me retrouver ici aujourd'hui.

Plaisir mais embarras. Vous avez les uns et les autres tenu des propos qui me semblent d'une grande clarté, d'une grande précision, d'une grande justesse aussi. Vous avez, je trouve, une perception très fine de ce qu'est le principe de contradiction, de ce qu'il est dans le nouveau code de procédure civile, mais de ce qu'est surtout son esprit dans la procédure française.

Je suis, je dois l'avouer, d'où mon embarras, très largement d'accord avec les analyses, les diagnostics, les solutions qui ont été présentés au cours de cette matinée. Je suis là malgré tout pour vous parler : vous prenez ce faisant un risque énorme. Vous savez peut-être qu'en Angleterre, le professeur de droit se définit comme celui qui parle pendant 45 minutes pour dire qu'il n'a rien à dire. Je ne vais pas vous infliger un tel exposé. Je ne tiendrai que des propos très généraux, me réservant, si vous le voulez bien, la possibilité d'intervenir ensuite dans le cadre du débat.

Le principe de la contradiction est en effet un principe général. On l'a défini ce matin comme le droit d'être entendu et comme le droit de discuter. C'est un principe général qui remplit deux fonctions. Tout d'abord une fonction de protection des parties. Il faut que la partie qui est en cause puisse s'exprimer, puisse répondre à ce qu'on lui demande. De ce point de vue, le principe de la contradiction participe du principe plus général des droits de la défense. On a souligné à juste titre que, dans les régimes totalitaires, il n'y avait de procès que de nom, car, le plus souvent, il n'y avait pas de principe de la contradiction. C'est le propre des sociétés ouvertes, comme le dirait Karl Popper ; c'est le propre des sociétés démocratiques, des États de droit.

Le principe de la contradiction remplit une autre fonction moins personnelle, plus matérielle, moins subjective, plus objective, qui est de faire émerger la vérité. La contradiction sert le procès lui-même. Le procès est une machine à fabriquer de la vérité judiciaire. C'est grâce au principe de la contradiction que le procès peut être cette machine à fabriquer de la vérité, car c'est de la contradiction, de la documentation, de la confrontation, de l'argumentation comme on l'a dit ce matin que, précisément, va naître la vérité, pas la vérité absolue bien sûr, mais la vérité du cas particulier dont est saisi le juge. C'est la contradiction qui va permettre cet ajustement progressif sur la réalité des faits constitutifs du litige. C'est donc une fonction essentielle. Pas de procès sans contradiction.

Ces deux fonctions expliquent tout à la fois la généralité du domaine de la contradiction et l'importance de la valeur de la contradiction.

Généralité du domaine de la contradiction : la contradiction est à l'œuvre dans le procès civil ; c'est sans doute dans le procès civil qu'elle trouve son expression la plus pure, telle qu'elle est exprimée par les articles 14 à 16 du code de procédure civile. Mais, ce principe de la contradiction, de proche en proche, a vocation à innerver toutes les procédures, même ces procédures qui sont caractérisées fondamentalement par un déséquilibre des parties, parce que l'une d'entre elles est la puissance publique. On pense bien sûr au contentieux administratif, à la procédure pénale. Le Président Buffet le rappelait tout à l'heure, même sur le terrain du contentieux administratif (article V du code de la justice administrative), même sur le terrain de la procédure pénale (article préliminaire du code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000 sur les droits des victimes et la présomption d'innocence), le principe du contradictoire progresse et a encore vocation à progresser.

On pourrait même aller plus loin et dire qu'en dehors même des procédures juridictionnelles, le principe du contradictoire a vocation à s'appliquer. Il a vocation de plus en plus à s'appliquer, non seulement en matière d'arbitrage, mais dans les autres modes alternatifs de règlement des conflits. On discute beaucoup en ce moment de l'application du principe de la contradiction en matière de médiation, par exemple.

Il a vocation aussi à s'appliquer évidemment dans le fonctionnement des institutions et des organismes : songeons à une procédure d'exclusion d'un associé ou d'un sociétaire. Pourquoi ? Parce que, comme l'a dit le Doyen Carbonnier, sans doute l'un des plus grands juristes de la deuxième moitié du XXe siècle, *le droit lui-même est l'art du contradictoire.* C'est une composante indissociable de la définition même du phénomène juridique.

Donc généralité de son domaine et importance de sa valeur. Ce principe du contradictoire est un principe général du droit. On a fait allusion à cette jurisprudence du Conseil d'État. Ce principe général du droit est aussi un principe de caractère constitutionnel, a jugé le Conseil Constitutionnel et ce principe général du droit enfin est un principe supranational qui s'impose par l'effet de l'article 55 de la constitution. Cela a également été dit. On songe ici à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne fait certes pas expressément référence au principe de la contradiction, mais la Cour de Strasbourg a jugé que le principe de la contradiction était un élément essentiel du droit au procès équitable.

Si je puis me permettre de prolonger sur ce terrain des instances internationales qui ont été évoquées ce matin, il faudrait ajouter que, dans la charte des droits communautaires, adoptée à l'issue du Sommet de Nice le 7 décembre 2000, l'article 47 de cette charte, qui devient maintenant un instrument juridique dans notre ordre juridique national, décalque à peu de choses près la disposition de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, par ce biais également, la Cour de justice des communautés européennes jugera, elle aussi, que le principe de la contradiction est un principe constitutif du droit au procès équitable. Donc un domaine élargi.

Une valeur essentielle. Dans le code de procédure civile, le principe de contradiction est conçu comme un principe directeur du procès. Que signifie cette expression « principe directeur du procès » ? Cela signifie que le principe de la contradiction est à la fois un principe d'organisation et d'inspiration de la procédure, en l'occurrence du procès civil, ce qui signifie qu'il n'y a pas nécessairement besoin d'une disposition expresse qui le prévoie pour que le principe de la contradiction soit respecté.

En revanche, il faudra assurément une disposition expresse pour l'écarter, ce qui explique par exemple qu'il faille respecter le principe de la contradiction là où il n'est pas prévu expressément par les dispositions du Code. Nous sommes précisément confrontés à cette situation lorsque nous parlons du respect de la contradiction dans les procédures d'expertise car toutes les dispositions du nouveau code de procédure civile ne font pas expressément référence au principe de la contradiction.

Je suis tout à fait d'accord avec cette formule utilisée ce matin lorsqu'il a été dit que le principe de la contradiction était un état d'esprit. Cet état d'esprit doit nous aider à régler un certain nombre de problèmes. Parmi ces problèmes qui ont été identifiés sur le terrain, il y a bien sûr une question dont vous allez sans doute beaucoup discuter, celle du fameux pré-rapport ou du fameux projet de rapport, qui n'est pas prévu expressément par les textes. Mais, précisément, en ce que le principe de la contra-

diction est un principe directeur du procès, est-ce que ceci ne suffit pas à justifier cette pratique du pré-rapport ? En effet, plus tôt dans la chaîne du procès on commencera la discussion contradictoire, plus tôt dans le cours du procès on débutera la décantation progressive des prétentions, des moyens et des preuves, plus tôt la vérité pourra émerger dans le cadre des discussions contradictoires entre les parties et l'expert avant que, l'affaire étant mise en état, elle soit plaidée par les parties devant le juge.

Il est extrêmement important d'insister sur cette notion de principe directeur du procès.

J'ajouterai ceci. On a eu droit à un magnifique exposé historique depuis Rome jusqu'au nouveau code de procédure civile. Je me permettrai de nuancer un tout petit peu cet exposé historique qui ne pouvait, bien sûr, rentrer dans tous les détails. Je ne pense pas que l'évolution ait été linéaire depuis les codes napoléoniens. Le principe de la contradiction est sans doute toujours là ; il était consacré dans le code de 1806, mais il n'y a pas eu parfaite continuité entre le code de 1806 et le nouveau code de procédure civile de 1975 car, entre les deux codes, la conception du procès a évolué.

L'esprit du code de procédure civile de 1806 était un esprit assez accusatoire, comme l'on dit en matière pénale, le procès était très largement la chose des parties ; le juge était passif, il n'intervenait pas, il n'avait pas de pouvoir. Par conséquent, toute la procédure et, à l'intérieur de la procédure, l'expertise était très largement aux mains des parties. Dans cette conception du procès, le juge était seulement tenu de faire observer le principe de la contradiction et de même l'expert qui est, comme on l'a dit, le délégataire du juge, était dans la même posture de faire observer par les parties le principe de la contradiction.

Avec le nouveau code de procédure civile, préparé par des années de jurisprudence et de doctrine, les conceptions changent. L'office du juge se manifeste dans la plénitude de ses pouvoirs. Le procès civil n'est plus la chose des parties mais devient la chose des parties et du juge. Le juge n'est plus un spectateur passif de la querelle des parties, il devient acteur de la procédure. Il est par conséquent pris lui-même dans le jeu procédural. Il se trouve lié lui-même par le principe du contradictoire. Non seulement il est tenu de faire respecter le principe de la contradiction, mais il est tenu de l'observer lui-même et c'est la merveilleuse formule de l'article 16 du nouveau code de procédure civile : *Le juge est tenu de faire observer et d'observer lui-même en toute circonstance le principe de la contradiction.*

Vous voyez où je veux en venir. Nécessairement, la position de l'expert dans son rapport aux parties et à la contradiction a aussi évolué sous l'empire du nouveau code de procédure civile. Cet expert qui est le délégataire du juge ne peut pas avoir plus de *pouvoirs* que le juge, mais il ne peut pas avoir moins de *devoirs* que le juge et si le juge est tenu d'observer lui-même le principe de la contradiction, bien évidemment l'expert l'est à plus forte raison.

D'où ces développements qui ont été faits ce matin sur l'idée que l'expert n'était plus un spectateur mais un acteur et qu'étant acteur il était tenu lui-même aux obligations dont était tenu le juge à l'égard du principe de la contradiction. Il y a eu de ce point de vue une modification dans la conception du procès qui a ses répercussions sur l'expertise ; vous me pardonnerez d'avoir apporté cette petite nuance. Je m'en tiens là.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Nous remercions beaucoup le Professeur Cadiet pour son intervention et pour nous avoir rappelé quelques vérités essentielles et l'évolution qui s'est produite dans le concept du principe de la contradiction. D'ailleurs, en matière d'expertise lorsque la Cour de cassation, ce qui malheureusement n'est pas rare, arrive à casser des décisions qui ont refusé d'annuler les expertises ayant méconnu ce principe, c'est toujours cet article 16 qui est visé.

F. Bouchon – Expert à Paris. – Monsieur le Professeur, merci. Je me demandais si j'allais poser la question et vous venez de l'introduire merveilleusement. Les tribunaux choisissent évidemment les experts en fonction de leur spécialité et il est fréquent que l'expert, sans être dans un cas imposant qu'il refuse la mission, dispose d'informations confidentielles de nature à influencer les conclusions de l'expertise. Que se passe-t-il alors ?

Si ces informations étaient détenues par un tiers, autre que l'expert, la solution serait simple ; l'expert le convoquerait en qualité de sachant, recueillerait l'opinion avec ses limites imposées par la confidentialité et ensuite il serait débattu de cet avis de sachant. les détails possibles ou non et ensuite il serait débattu de cet avis de sachant. Mais l'expert peut-il lui-même donner un avis de sachant soumis au contradictoire, doit-il au contraire garder le silence et à la limite doit-il se déporter ?

M. Dana. – Pouvez-vous donner des informations complémentaires pour mieux situer votre question ?

F. Bouchon. – Je pense à quelque chose de beaucoup plus typique de notre spécialité. Il s'agit par exemple d'une évaluation d'entreprise ; l'expert a eu entre les mains des dossiers récents de cession d'une série d'entreprises comparables. Bien sûr, ces données sont couvertes par le secret professionnel, mais l'expert a dans la tête et dans son cabinet des éléments de référence qu'il ne peut pas communiquer aux parties.

M. Dana. – Dans ces conditions il ne peut pas faire état de ses connaissances car l'expert n'est pas là pour apporter des arguments à l'une ou l'autre des parties. Donc s'il a eu des exemples de cessions intervenues dans le cadre d'entreprises similaires il ne peut pas en tenir compte. Il a donc deux possibilités : soit se considérer comme en conflit d'intérêt et refuser la mission, soit l'accepter et ne pas faire état de ces cessions antérieures dont il a eu connaissance ni, bien entendu, en tenir compte.

M. le Premier Président Aimot. – Je suis malheureusement un membre des juridictions du fond qui sont fréquemment cassées, car je ne partage pas toujours, non pas le principe de la contradiction, mais les modalités d'application. La formule qu'a rappelée le Président Buffet dans l'arrêt de 1900 pour moi est effectivement l'alpha et l'omega : être appelé, pouvoir contredire. A partir de là, je crois que le reste en découle.

Dans la situation qui vient d'être évoquée :

– ou il y a effectivement la connaissance d'éléments qui sont liés à l'affaire elle-même et il peut en effet y avoir un problème de contradiction d'intérêts qui nécessitera que l'expert de lui-même dise « Je ne suis pas en mesure de pouvoir apporter mon concours »,

– ou ce sont des informations qu'il a obtenues dans le cadre de sa spécialité, or nous avons recours, nous magistrats, le terme le dit, à des experts qui par définition ont une connaissance des choses. C'est exactement comme si vous disiez à un notaire qui a une connaissance des conditions dans lesquelles le marché évolue ou a connaissance d'éléments de comparaison en ce qui concerne les problèmes relatifs aux baux commerciaux : « J'ai eu connaissance d'éléments de comparaison, je ne peux pas y faire allusion. » Non, dans ce cadre, dans la mesure où ce n'est pas couvert par le secret professionnel, c'est un élément qu'il possède, c'est un élément qu'il met dans le débat, sur lequel la contradiction pourra être apportée. Ce n'est pas avantager tel ou tel, c'est donner un élément de comparaison qui permette ensuite au juge d'arbitrer. Pour moi la réponse est là.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Y a-t-il d'autres questions ?

Jean Fleury – Expert agréé par la Cour de cassation – honoraire. – Je m'adresse d'abord au Professeur Cadiet pour lui dire que je suis un non-juriste. Je voudrais aussi rebondir sur ce qu'il a dit lorsqu'il a parlé de la contradiction qui doit déboucher sur la Vérité. Effectivement dans toute mission, nous avons les parties qui, pour chacune d'elles, ont leur Vérité. Il y aura la Vérité de l'expert et, s'il a bien travaillé, permettra au juge d'avoir sa Vérité.

Ceci étant, je voudrais évoquer une difficulté, une entrave à la contradiction et je m'adresse à André Gaillard. Dans les missions d'expertise il arrive fréquemment que les parties demandent à entendre les sachants pour apporter à l'expertise un certain nombre d'informations. C'est une obligation pour l'expert dans le respect de la contradiction de permettre à chacune des parties de développer ses moyens ; l'expert doit normalement y donner suite.

Mais il arrive également qu'on demande l'audition de kyrielles de sachants avec comme seul objectif d'allonger la procédure. Dans ces conditions comment assurer le respect de la contradiction avec la règle impérative qui veut que l'expert ait la maîtrise de sa procédure et, à ce titre, considère qu'il peut éliminer certains sachants qui n'apporteraient rien à l'expertise ? J'ai mon opinion, mais j'aimerais l'avis d'André Gaillard. Merci.

M. Gaillard. – La réponse est entre le premier exposé que j'ai fait et celui de Bruno Pierre. Ce qui est évoqué ici ce n'est plus tout à fait le caractère normal, idéal de la procédure et de l'expertise au sein de la procédure ; c'est déjà une difficulté. J'ai évoqué dans mon exposé que des difficultés pouvaient survenir et notre confrère Bruno Pierre a déjà formulé des réponses. Il est certain que, en cas de difficulté extrême que l'expert ne peut résoudre lui-même, il doit en référer au magistrat.

Supposons que, lors d'une réunion d'expertise, trente personnes viennent soutenir l'une des parties à titre de sachants ou assistants, il me semble que dans un tel cas l'expert pourrait suspendre la séance. C'est une difficulté qu'il rencontre en cours de réunion d'expertise : il en rend compte immédiatement à la juridiction. La police de la réunion lui appartient et, dans ce cas, il use de son pouvoir de police de la réunion en levant la séance, par exemple, car, il se trouve face à une difficulté qui compromet la sérénité, donc l'efficacité de la réunion.

M. Pierre. – Je crois avoir dit dans mon exposé que les parties proposent à l'expert les sachants à entendre. Donc l'expert a le choix. Il va les choisir comme on lui suggère ou au contraire refuser certains d'entre eux s'il estime que ce serait inutile. Effectivement la difficulté est là, mais l'expert a la possibilité de demander aux parties de justifier pour quelles raisons elles lui demandent de faire appel à tel ou tel sachant et d'en exclure certains s'il pense que ce serait inutile ou dilatoire.

Edmond Ezeghian – Expert agréé par la Cour de cassation, humble serviteur du chiffre ! – Ma question est simple et courte. S'agissant d'une mission devant une Cour d'appel, est-ce que la représentation obligatoire des parties par les avoués peut conduire l'expert à ne convoquer régulièrement que les avoués ?

M. le Président Buffet. – En droit ce sont les avoués qui sont les mandataires des parties et les seuls mandataires légaux des parties devant la Cour d'appel. Donc il me paraît indispensable de dire que ce sont les avoués dans les expertises en cause d'appel qui doivent être avisés des réunions d'expertise. Cela me paraît clair.

Je pense, contrairement à ce qu'a dit M. Gaillard ce matin, que l'usage et la courtoisie devraient faire que l'on prévienne également les avocats. Mais à mon sens votre expertise ne serait

pas nulle si vous n'aviez avisé que les avoués, en fonction de ce que dit le texte (article 160 du nouveau code de procédure civile).

M. Ezeghian. – A l'exclusion des parties.

M. le Président Buffet. – Non. Les parties sont convoquées ; les auxiliaires et mandataires des parties sont avisés.

Michel Armand-Prévost – Président Droit et Commerce. – Monsieur le Président, permettez-moi de rebondir sur une observation que vous avez faite précédemment pour changer le verbe « pouvoir » en « devoir » quand il s'agit de s'adresser au juge chargé du contrôle.

Je voulais recueillir votre sentiment sur les conséquences d'ordre pratique du mécanisme actuel qui fait que le recours contre la décision du juge chargé du contrôle, quel qu'il soit (je prends le juge chargé du contrôle dans la dernière acception du texte) est lié au recours sur le fond. Ceci fait que l'on peut avoir une expertise qui va se dérouler, éventuellement avec une décision du juge chargé du contrôle permettant son déroulement jusqu'au bout, pour aboutir à une annulation après un long temps et sans réorientation. Est-ce qu'il ne serait pas, sous l'angle purement pratique, plus efficient de prévoir des recours sur les décisions du juge chargé du contrôle de manière à ce que l'on soit sûr que l'expertise soit menée en pleine validité, avant le moment du jugement sur le fond ?

Évidemment, si le rapport démontre qu'il y a eu non respect du principe de la contradiction et que ceci se révèle dans la lecture, il n'y a rien à changer. Je parle des incidents et notamment je pense aux arbitrages que l'on demande au juge chargé du contrôle entre le respect strict du principe de la contradiction et le respect de certains secrets qui seront évoqués cette après-midi.

M. le Président Buffet. – Les dispositions auxquelles vous faites allusion s'insèrent dans une conception générale qu'ont eue les auteurs du nouveau code de procédure civile : faire en sorte que les contestations « accessoires » qui interviennent en cours d'une instance et qui donnent lieu à des décisions de justice ne fassent l'objet de recours qu'avec les décisions sur le fond. Cela existe à tous les niveaux, devant la Cour de cassation, devant les Cours d'appel. Le système que vous souhaitez à mon sens retarderait encore plus les expertises. La moindre difficulté est tranchée par le juge. Il faudrait à ce moment-là faire appel ; les délais d'appel sont longs ; je ne suis pas sûr que ce soit une bonne chose. Cela peut arriver, mais il me semble préférable, sur le plan de l'organisation judiciaire, que l'on attende la décision sur le fond, quitte après à ce qu'elle soit contestée. C'est une opinion. C'est celle du nouveau code de procédure civile.

Reste à savoir à terme, par rapport à ces règles qui font que certains recours ne peuvent être exercés que de manière différée, ce que la Cour européenne pourrait en penser. Cela peut être de nature également à conduire à des franchissements du délai raisonnable, mais il me semble que dans l'immédiat on a plutôt avantage à différer ces contestations qui d'ailleurs, à la limite, peuvent ensuite ne plus avoir raison d'être une fois que le juge a tranché l'affaire sur le fond.

Yvon Saintilan – Compagnie de Rennes. – J'aurais souhaité obtenir quelques précisions complémentaires de notre ami Bruno Pierre, précisions relatives notamment aux participants aux réunions d'expertise. Que penser de la présence de conjoints, voire de concubins des parties ?

Le deuxième point concerne l'expert et la présence de ses collaborateurs ou des assistants salariés du cabinet aux réunions d'expertise.

M. Pierre. – A quel titre les conjoints ou concubins seraient-ils présents aux réunions d'expertise ? Sont-ils considérés comme des parties au procès ?

M. le Président Buffet. – Si c'est une expertise qui est ordonnée dans un tribunal pour lequel le conjoint a un droit de représentation ou d'assistance, c'est possible, sinon c'est absolument impossible. De toute façon il faut être tout à fait vigilant, me semble-t-il, sur les personnes qui viennent avec les parties car vous mettez en cause le caractère confidentiel de votre mission et votre secret professionnel en tant qu'expert.

M. Gaillard. – Il y a parfois une sorte d'assistance morale. J'ai vu un cas dans lequel un plaideur qui était une jeune femme toute tremblante est venue avec son père. La partie adverse n'a pas vu d'inconvénients à la présence de ce père tutélaire qui est resté taisant pendant la réunion. Celle-ci s'est déroulée en toute sérénité.

M. Pierre. – Sur les collaborateurs ce point est effectivement délicat. L'expert ne peut pas sous-traiter à qui que ce soit l'exercice de sa mission. Néanmoins il est admis maintenant que, sur des points pratiques (dépouillement matériel, analyse de documents déjà bien sélectionnés), avec un objectif précis, sous le contrôle de l'expert, celui-ci puisse se faire aider par quelqu'un de son cabinet partageant le secret professionnel avec lui.

Quant à la présence d'un collaborateur aux réunions d'expertise, cela peut être utile à mon avis lorsqu'il y a des notes importantes à prendre. En effet l'expérience prouve qu'animer une réunion d'expertise, entendre les différentes personnes s'exprimer et prendre en même temps des notes est très difficile. Donc je suis personnellement partisan de pouvoir, si je ne suis pas contredit sur ce point, être accompagné d'une personne qui note les interventions des différents participants à la réunion.

M. le Président Buffet. – Il me semble qu'il y a eu des arrêts de la Cour de cassation qui ont dit que, pour ce qui est purement technique, l'expert peut se faire assister par ses subordonnés. C'est évidemment sous sa responsabilité et surtout bouche cousue.

J. Jacques Paquier – Cour d'appel de Bordeaux. – Je voudrais être éclairé sur deux catégories de parties :

– les parties non comparantes, celles qui n'ont pas constitué d'avocat devant la juridiction qui nomme l'expert : que faut-il en faire tant au niveau des opérations d'expertise qu'au niveau du dépôt du rapport ?

– et les parties mises hors de cause par une décision de première instance mais qui est frappée d'appel et où la mesure d'instruction est assortie d'exécution provisoire : l'expert doit-il les considérer comme des parties potentielles eu égard à la possibilité de réformation ou non ?

M. Dana. – Pouvez-vous préciser la question ?

M. Paquier. – Je précise la question : une juridiction en première instance, par exemple un TGI, met hors de cause deux parties, ordonne une expertise. Le jugement est assorti d'exécution provisoire ; l'expertise va donc fonctionner ; deux parties sont hors de cause. Le jugement est frappé d'appel. Est-ce que les parties mises hors de cause par le TGI pour préserver leurs droits devant la Cour sont considérées comme parties ou non ?

La première partie de ma question était : quid des parties non comparantes devant la juridiction qui a ordonné l'expertise et n'ayant pas constitué avocat ?

M. le Président Buffet. – Sur la première partie de la question, les parties ont été mises hors de cause, elles sont hors de cause. Il y a appel ; le seul fait de l'appel ne remet pas en cause le fait qu'elles soient hors de cause, me semble-t-il.

Sur la seconde partie de la question, est-ce que l'expertise doit se dérouler ? Ce n'est pas parce qu'il y a des parties non comparantes qu'elles ne doivent pas être convoquées. Il me semble qu'elles doivent l'être. J'avoue ne pas avoir un temps de réflexion suffisant.

M. Gaillard. – Les parties non comparantes doivent être convoquées ; c'est la recommandation que nous font tous les magistrats du contrôle lorsque nous leur posons la question.

Mme Trébucq – Présidente du Tribunal de grande instance de Rennes. – Par rapport aux personnes non comparantes, si c'est une expertise ordonnée en référé il n'y a aucun problème, les parties non comparantes doivent être convoquées à l'expertise.

En ce qui concerne l'expertise ordonnée au fond par le TGI, alors que la représentation est obligatoire par avocat, je ne sais pas répondre. La situation est différente puisque les parties sont représentées. J'évoque la question simplement.

En ce qui concernait tout à l'heure les femmes qui éventuellement accompagnaient leur mari (ou l'inverse), cela peut se produire s'agissant d'entreprises petites où souvent le conjoint est le comptable de l'entreprise et donc peut-être faut-il l'entendre comme sachant. Il y a souvent cette réalité au niveau professionnel.

J'en profite pour poser une question au Président de la 2e Chambre civile : j'ai été saisie récemment d'un cas que je vous expose. Quand on ordonne une ordonnance, on ordonne une consignation dans un délai donné.

M. le Président Buffet. – La 2e Chambre civile ne donne jamais de réponse sur les affaires en cours.

Mme Trébucq. – Monsieur le Président, rassurez-vous, l'ordonnance a été rendue, il n'y a plus d'affaire en cours, je suis dessaisie. La question est toutefois susceptible de se poser à nouveau et j'aimerais obtenir un avis de la Cour de cassation, à défaut, un avis personnel.

Donc une consignation est ordonnée et son versement doit intervenir dans un délai imparti. La partie n'ayant pas consigné dans le délai, une ordonnance de caducité est rendue. En application de l'article 271 du nouveau code de procédure civile, le demandeur peut demander à être relevé de caducité en se prévalant d'un motif légitime. Jusqu'à présent le juge saisi, par requête, de cette demande de relevé de caducité, examinait le motif légitime et relevait ou non de la caducité, sans interroger l'autre partie au préalable.

J'ai été saisie, en référé, d'une demande de rétractation de l'ordonnance au motif que le principe de la contradiction n'avait

pas été respecté. En référé, j'ai indiqué que du moment que l'on pouvait saisir le juge des référés de cette question de motif légitime, le principe de la contradiction était établi dans le cadre de cette procédure, l'autre partie ayant communication des pièces. J'ai considéré, pour l'avenir, qu'il n'était pas nécessaire de saisir systématiquement les autres parties de la demande de relevé de caducité et j'ai continué de statuer au vu de la requête. Est-ce qu'il faudrait écrire aux parties, voire les convoquer avant de prendre la décision ? (relevé ou non de caducité). Le texte ne prévoit rien en l'état. Je n'ai pas trouvé de jurisprudences de la Cour de cassation sur ce point très précis.

M. le Président Buffet. – Si vous recherchez une approbation, je vous la donne volontiers ! Maintenant il y a des voies de recours qui sont exercées, mais a priori cela me paraît acceptable.

Michel Kuhn – Expert à la Cour d'appel de Lyon. – Nous appliquons de façon évidemment plus simple, dans les contentieux courants, ce principe de la contradiction. Je voulais simplement préciser ceci : ce principe de contradiction est un principe directeur du procès, mais il arrive que nous l'appliquions en dehors de tout procès, quand il n'y a pas de parties, dans des missions qu'on pourrait qualifier de marginales, missions d'investigation pour juge commissaire ou expertises *in futurum*, à défaut même de parties. Ce principe de contradiction me paraît en effet devoir s'appliquer, même vis-à-vis des tiers impliqués dans une expertise avant tout contentieux.

Michel Devillebichot – Expert agréé par la Cour de cassation Paris. – Ma question est d'ordre purement technique. Que pensez-vous de l'utilisation du magnétophone dans les réunions d'expertise ?

M. le Président Buffet. – Cela existe encore les magnétophones !!!

M. Dana. – Je pense que c'est une question de bon sens. En cas d'accord des parties cela peut être pratiqué. Mais je formule la même question que posait M. le Président : cette technique existe-t-elle encore ? Il me semble personnellement préférable de faire intervenir un collaborateur qui pourrait simplement prendre des notes et à condition que sa présence soit autorisée.

François Pinchon – Expert agréé par la Cour de cassation. – Une remarque sur ce sujet : dans un certain nombre d'expertises internationales, un certain nombre de personnes enregistrent au magnétophone. Comme cela a été dit précédemment par M. Dana, il faut un accord des parties en général. Ce qui est plus pernicieux ce sont les personnes qui filment. Prendre des photos, tout le monde en est d'accord, mais il se trouve que lorsque vous filmez vous avez également le son. Il faut faire très attention lorsque vous êtes en expertise à ce que les personnes ne filment pas sans que vous ayez donné votre accord.

J'ai eu un incident extrêmement grave dans un pays étranger, c'est une affaire en cours que la Presse connaît bien. Les personnes filmaient des exposés de certaines parties et l'une des parties s'est rendu compte à un certain moment que, en même temps que l'on filmait, on enregistrait sa conversation. Or vous savez que d'après la Convention de La Haye on est obligé, lorsqu'on auditionne des étrangers, de le faire par écrit suivant certaines règles ; c'est l'article 21-C de cette convention. Il faut faire très attention. C'est une remarque qui peut nous servir à tous.

Charles Magdeleinat – Expert Paris. – Je souhaite poser la question suivante. Il s'agit d'une question de méthodologie face aux travaux de synthèse de l'expert lors de l'établissement du pré-rapport. Le pré-rapport est donc un instrument qui va permettre aux parties de figer leurs observations. La partie demanderesse n'a pas, dans ce cas particulier, intérêt à donner d'autres observations que celles qu'elle a fournies lors de l'assignation. Elle est parfaitement satisfaite des conclusions du pré-rapport alors que le défendeur au contraire va fournir d'importantes observations à l'expert pour éventuellement corriger la première synthèse de l'expertise.

A ce stade on arrive au schéma suivant : le demandeur ne consignera pas la demande complémentaire que fera l'expert compte tenu de nouveaux travaux qu'imposera l'expertise. Cette situation va donc entraîner un blocage au détriment de la contradiction. Que se passe-t-il au niveau du dépôt de ce pré-rapport ?

Si ce pré-rapport est déposé à la demande du juge, cela peut être fait, nous aurons donc un pré-rapport qui n'aura pas subi les effets de la contradiction. La question que je me pose est celle-ci : dans ce cas particulier, quelle pourrait être la position du magistrat face à une question de cet ordre qui enfreint le principe même de la contradiction ?

De plus, cet aspect ne relance-t-il pas la question de l'opportunité de l'établissement du pré-rapport par l'expert, dont Monsieur le Haut Conseiller Olivier s'est posé en détracteur dans un article de la Gazette du Palais rappelé lors des présents débats ?

M. Aimot. – Si vous permettez voici mon opinion personnelle. Concernant les conditions que vous venez d'évoquer, à partir du moment où l'une des deux parties, qui n'est pas celle qui de façon initiale a déposé la première consignation, car elle était demanderesse, a un intérêt à faire poursuivre les investigations, alors que la première ne l'a pas, qu'est-ce qui importe ? C'est que la consignation soit mise à la charge de la partie qui y a un intérêt, quitte à ce que, éventuellement, si elle est impécunieuse et qu'elle n'a pas l'aide juridictionnelle, on en profite, avec évidemment une reprise des débats, pour qu'il y ait la possibilité d'allouer une provision de façon à faire face à ce règlement.

Mais dans l'espèce que vous soumettiez, rien n'interdit procéduralement que ce soit le défendeur qui soit amené à apporter une consignation complémentaire car c'est lui qui a intérêt à ce que l'on approfondisse les choses. Il le fera très probablement sinon il sait que le débat va s'arrêter là. C'est là où je ne suis peut-être pas tout à fait d'accord, le caractère contradictoire aura été respecté puisque chaque partie aura été appelée à faire valoir ses observations et éventuellement le magistrat au fond sera amené à tirer les conséquences des attitudes respectives de chacune des parties en matière de dépôt ou non de consignation.

Mais sur le plan pratique il suffit de demander au juge qu'il provoque la réunion pour avoir un dépôt de consignation à la charge de la partie qui y a intérêt. En matière d'expertise l'essentiel est de bien être capable de détecter quelle est la partie qui véritablement a intérêt à la mesure. Certains peuvent le masquer dans un but dilatoire. A partir du moment où il y a un intérêt fondamental, une partie va déposer la consignation ; ensuite le compte sera à faire au moment où il faudra solder les dépens pour décider à la charge de qui ils seront mis et en fonction de l'utilité réelle des investigations complémentaires demandées et ordonnées.

M. le Président Buffet. – Merci, Monsieur le Premier Président. A propos du pré-rapport, me vient une question qui va vous paraître complètement curieuse. J'aimerais avoir votre réaction. Ce pré-rapport est un errement procédural dans la mesure où il n'est pas prévu par le code de procédure civile. Il est admis par la Cour de cassation. Qu'est-ce qui oblige les parties, du fait qu'il n'est pas prévu dans le code de procédure civile, lorsqu'on leur communique le pré-rapport, à faire tout de suite les observations ? Pourquoi ne se réserveraient-elles pas le droit de les faire uniquement devant le tribunal ? A mon sens on ne pourrait pas leur reprocher de ne pas avoir réagi devant l'expert. J'aimerais avoir des réactions sur cette analyse qui est peut-être un peu byzantine.

Philippe Cosnard – Avocat. – Je rebondis sur ce que vous venez de dire. Je suis pour ma part très satisfait de voir que petit à petit il semble se dégager un consensus entre tous, en tout cas ceux qui connaissent le terrain, magistrats, avocats et experts, sur le fait que l'expertise sert à purger totalement un débat technique ; non pas à aboutir à un consensus, c'est autre chose, mais au moins à évoquer toutes les questions techniques qui peuvent se poser. La contradiction, M. Pierre l'a bien dit, ce matin, est un moyen excellent pour purger le débat technique et notamment le projet de rapport.

Pour ma part, je trouve fondamental, c'est une avancée très bénéfique, que des experts déposent un projet de rapport qui puisse donner lieu à des discussions dans un temps donné évidemment, sans quoi il peut y avoir toutes sortes de débordements.

Donc je crois que plus il y aura de contradiction moins il y aura de contestations, au moins sur des aspects de forme et de procédure.

Pour autant, je crois qu'il faut attirer l'attention de chacun sur le fait que plus les experts auront dans la forme respecté la contradiction, plus leurs rapports seront inattaquables et nous déboucherons sur un problème de toute puissance de l'expert dont il faut savoir aussi se prémunir. Je pense que le principe de contradiction n'est pas simplement une règle de forme ; c'est aussi l'exigence pour l'expert dans son pré-rapport ou dans son rapport de bien faire état de tous les éléments de son raisonne-

ment et d'aboutir à un rapport sur lequel les parties puissent éventuellement rebondir. Je pense à des problèmes de liens de causalité, d'évaluation de préjudices. L'avis de l'expert sera l'avis de l'expert ; il n'est pas forcé de rechercher un consensus. Par contre il est essentiel, pour qu'il y ait une véritable contradiction, que dans son rapport lui-même on trouve tous les éléments de son raisonnement et les objections qu'il aura faites aux dires des parties afin que ce rapport puisse rester ce qu'il doit être, c'est-à-dire un rapport technique et non pas un pré-jugement.

M. Dana. – Il semble effectivement souhaitable que l'expert procède avant le dépôt de son rapport à une réunion de synthèse ou encore, dans des cas plus complexes, à l'envoi d'une note de synthèse aux parties. Mais je ne pense pas (les avis sont assez partagés par les experts qui peuvent avoir des positions différentes) qu'il soit bon d'envoyer un pré-rapport ou un projet de rapport qui ne se différencie pas, selon les définitions qu'on lui donne, d'un rapport définitif, car à ce moment-là l'expert est prisonnier de son pré-rapport. Cette note de synthèse doit permettre d'éclairer les parties, pour que le rapport ne constitue pas une « divine surprise » qui apparaisse trop tard pour en débattre. L'expert informe alors les parties de sa position, des arguments qu'il retient et les parties peuvent alors « purger », selon le terme utilisé à bon escient par Bruno Pierre, en précisant à l'expert « Vous faites fausse route » ou « Vous avez mal interprété ma position » ; auquel cas l'expert dans son rapport tiendra compte de ces observations pour modifier ses conclusions de son point de vue, en donnant d'ailleurs à ce moment-là un nouveau texte aux parties et en leur donnant un délai très bref pour y répondre.

Mais le fait d'envoyer systématiquement un pré-rapport à caractère presque définitif aux parties, à mon avis n'est pas souhaitable ; c'est une source d'allongement inépuisable des expertises, également cela tend à rendre un peu l'expert obligé de modifier éventuellement un ouvrage fini.

M. le Président Buffet. – Cette première partie du congrès est terminée. Rien n'empêche évidemment ceux qui veulent parler de pré-rapport en déjeunant de le faire !

La séance est suspendue à 12 h 30.

La séance est reprise à 14 h 40.

M. le Président Buffet. – Nous reprenons nos travaux. Nous allons entendre successivement l'intervention de M. Chaumet sur le principe de la contradiction et le secret professionnel ; M. Faury sur le principe de la contradiction et le secret des affaires et enfin M. le Président rapporteur Dana nous parlera de l'existence de la contradiction, sous forme d'interrogation, en matière d'expertise pénale.

A la suite de ces trois exposés qui se suivront sans interruption nous aurons une pause. Puis nous entendrons l'exposé de M. Eichel sur la contradiction dans différents systèmes procéduraux, qui sera suivi d'une discussion. Enfin M. Dana nous présentera le rapport de synthèse.

PRINCIPE DE LA CONTRADICTION ET SECRET PROFESSIONNEL

Présenté par Sylvain CHAUMET

Expert près la Cour d'appel d'Orléans

Lors de sa quête documentaire, l'expert judiciaire se voit parfois opposer **le secret professionnel** par certaines parties, notamment de la part des professions du chiffre.

Il lui appartient alors d'analyser le fondement du secret qui lui est opposé par le tiers, ou la partie à l'instance et d'en tirer les conséquences. Comment peut-il faire échec à cette attitude, s'il estime que la levée de ce secret est nécessaire pour mener à bien sa mission, gardant à l'esprit le respect du principe de la contradiction ?

Dès qu'il est invoqué, le secret professionnel peut s'avérer incompatible avec le respect du principe de la contradiction et avec la notion du droit à un « procès équitable (...) » telle qu'énoncée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Naissent alors des situations ambiguës, équivoques, fort regrettables à une époque où les droits de l'homme occupent, et pour le bien des Nations, le devant de la scène légale et sociale.

Pour traiter du secret professionnel dans le cadre du contradictoire, nous évoquerons, en première partie, les principes du secret et par voie de conséquence, l'infraction qui résulte de sa révélation. En seconde partie, l'exposé traitera des difficultés rencontrées par l'expert pour faire respecter le principe de la contradiction dans l'hypothèse où le secret professionnel lui est opposé.

1 – LE RAPPEL DES PRINCIPES

Rappelons tout d'abord les bases légales du secret professionnel.

Le secret professionnel est défini par le nouveau code pénal (cf. article 226-13) comme une « ***information détenue*** par une personne qui en est ***dépositaire***, soit *par état* ou ***par profession***, soit *en raison d'une fonction* ou *d'une mission temporaire* » *(l'ancien article 378 du code pénal était rédigé d'une manière moins générale)*.

Seules sont concernées les personnes physiques, les personnes morales n'étant pas visées.

Parmi les professions les plus caractéristiques, citons :

– les professions médicales et paramédicales,

– les avocats, les avoués, les notaires, les huissiers de justice, les magistrats,

– les fonctionnaires de l'administration fiscale, les agents des douanes, les agents de la banque de France,

– les établissements bancaires, et

– les experts-comptables et les commissaires aux comptes.

Bien que le code pénal soit de portée générale et applicable à tout un chacun dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, des textes particuliers sont venus confirmer cette notion de secret professionnel. C'est notamment le cas chez les experts-comptables et les commissaires aux comptes en raison des dispositions qui régissent ces professions.

La multiplication de ces prescriptions particulières a sans doute contribué à présenter le secret professionnel comme une notion absolue et inflexible, et certains professionnels y ont vu un rempart derrière lequel ils pouvaient se retrancher, impunément, sans exception. C'est alors que le secret professionnel est détourné de son fondement et s'oppose au principe essentiel selon lequel **tout justiciable doit pouvoir obtenir justice**.

Après avoir rappelé les bases légales, voyons maintenant les fondements du secret professionnel.

1.1 – Les fondements du secret professionnel

Il est clairement établi que le secret participe à la **préservation des droits de l'homme et de la dignité humaine**, ainsi qu'à **la protection des intérêts privés de la personne concernée**. Mais, il apparaît également, dans une optique plus large, que l'inviolabilité du secret professionnel trouve son assise dans la **protection de l'ordre public général et de l'ordre social**.

La Chambre d'Accusation de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rappelé, dans un arrêt du 2 février 1983 : « (...) que le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. (...) que la loi a puni la violation parce que l'intérêt général l'exige (...) » (1).

Cette protection de l'individu et au-delà de l'intérêt social, exige donc que soit sanctionnée la révélation d'informations couvertes par le secret professionnel.

(1) Gazette du Palais, 1983, 1.313.

1.2 – La sanction de la violation du secret professionnel

– Rappelons les éléments constitutifs de l'infraction :

• L'élément légal : les textes régissant le secret professionnel *(article 226-13 nouveau code pénal ; article 21 ordonnance du 19/09/1945 pour les experts-comptables, article L 225-240 alinéa 3 du nouveau code de commerce pour les commissaires aux comptes, etc.).*

• L'élément matériel du délit : la révélation d'une information et le caractère secret de cette information.

La révélation peut revêtir des formes diverses : verbale (témoignage) ou écrite (attestations, rapports, certificats délivrés à d'autres personnes que celles concernées par le secret).

Le caractère secret de l'information révélée : la jurisprudence a dégagé à cette occasion la notion de confidence nécessaire et de secret par nature ; elle a même considéré que la révélation pouvait porter sur des faits susceptibles d'être connus ou déjà connus par ailleurs. Toutefois, toutes les informations détenues par un professionnel ne sont pas couvertes par le secret professionnel, sachant que celui-ci ne saurait être considéré comme un « **état de grâce** ».

• Enfin, l'élément moral, en fait l'élément intentionnel : de la part de celui qui révèle sciemment une information alors qu'il se sait tenu au secret. Sur ce point, l'expert doit respecter le secret professionnel qui lui est opposé et prendre garde à ne pas faire preuve d'abus d'autorité. En passant outre, il prendrait alors le risque de voir sa responsabilité engagée en raison des pressions qu'il aurait pu exercer. Toutefois, il est des cas où la loi elle-même, en autorisant ou en obligeant la révélation de l'information, fait disparaître l'élément moral de l'infraction.

– La justification de la révélation :

• Soit en raison d'une permission expresse de la loi : obligation de révéler les maltraitances sur enfants ; obligation pour les commissaires aux comptes de révéler certains faits au Procureur de la République, etc.

• Soit en raison de l'intérêt personnel du dépositaire du secret, dans le cadre du droit de se défendre notamment.

Mais d'une manière générale, depuis 1972, l'article 10 du code civil dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice **en vue de la manifestation de la vérité**... »

L'article 11 du NCPC dispose « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction... ».

Pour mener à bien sa mission, l'expert judiciaire doit pouvoir disposer de tous les éléments, en prendre connaissance, tout en respectant le principe de la contradiction. Au surplus, il ne peut utiliser que les informations qu'il aura légitimement recueillies. Quelle attitude doit-il alors adopter lorsque le secret professionnel lui est opposé ?

2 – LE SECRET PROFESSIONNEL OPPOSÉ A L'EXPERT JUDICIAIRE

Le secret professionnel ne peut être considéré comme un état « sacramentel » même s'il trouve son fondement dans la protection de l'individu et des droits de l'homme. L'intérêt général et l'équité commandent, à leur tour, qu'il ne puisse être fait échec à la manifestation de la vérité.

En pratique, lorsque l'expert est confronté au secret professionnel deux situations peuvent se présenter.

– 1er cas : Le secret opposé par une partie ou une personne informée lui paraît-il fondé ? Quelle attitude doit-il alors adopter ?

– 2e cas : Le secret ne lui paraît pas fondé, et dans ce cas de quels recours dispose-t-il ?

2.1 – Le secret est fondé : son allégation est légitime

Lorsque dans le cadre d'une mission, une personne informée, partie à l'instance ou tiers, oppose le secret professionnel, il est important que l'expert puisse vérifier les fondements d'une telle position.

Ainsi, on ne peut soutenir raisonnablement que toutes les informations détenues par un expert-comptable, un commissaire aux comptes ou par une banque sont couvertes par le secret professionnel.

Longtemps, les instances ordinales ont considéré que le secret professionnel auquel étaient astreints les experts-comptables et les commissaires aux comptes était général et absolu.

Mais ce que certains ont qualifié de « mur du silence » a été brisé par deux décisions de la Cour de cassation.

La Chambre Commerciale de la Cour de cassation, à l'occasion de deux arrêts rendus le 14 novembre 1995, a repoussé ces limites. Elle a affirmé que les commissaires aux comptes (et par corrélation les experts-comptables) étaient tenus au secret professionnel dans l'intérêt de la société bénéficiaire et qu'il ne pouvait s'agir d'un secret absolu et général (2).

Dans chacune des deux affaires, les commissaires aux comptes opposaient aux experts judiciaires, qui avaient été désignés pour examiner si leur responsabilité pouvait être engagée, le secret professionnel que la loi leur imposait et refusaient en conséquence de communiquer les éléments de leur dossier de travail.

La Cour de cassation, dans les deux espèces, a **refusé** de reconnaître le bénéfice du secret professionnel aux commissaires aux comptes ; la levée de ce secret et donc la communication de certains éléments de leur dossier de travail devant permettre d'établir leur responsabilité éventuelle. Il convient de souligner que dans l'une de ces affaires, la désignation de l'expert judiciaire avait été demandée sur le fondement de l'article 145 du NCPC, c'est-à-dire avant tout procès (expertise in futurum).

Précédemment, le commissaire aux comptes ne pouvait se libérer du secret professionnel auquel il était astreint que pour sa propre défense. Dorénavant, il a le devoir de communiquer son dossier de travail, même si la mission de l'expert judiciaire porte sur la recherche éventuelle de sa responsabilité. Dans ce cas particulier, le recours par le commissaire aux comptes mis en cause au secret professionnel ne saurait être recevable.

D'une manière générale, les comptes annuels, les déclarations fiscales, les valeurs de stocks, le détail des comptes apparaissant dans le bilan, les procès-verbaux d'assemblées, les rapports de gestion ne sont pas considérés comme des informations secrètes. En revanche, tout document consignant des confidences néces-

(2) Cass. com. 14 nov. 1995, CRCAM Haute-Vienne c/ Cabinet X et société Y n° J 93/10.937 et Cass. com. 14 nov. 1995, Cabinet Z et R c/ A. n° Q 94/13.361, Bulletin n° 262 et 263, pages 241 et 242 et le Quotidien Juridique du 30 nov. 1995.

saires, ou des secrets par nature (qui n'ont rien à voir avec la mission) relève du secret professionnel opposable.

Dans le cas où le secret professionnel mis en avant apparaît fondé à l'expert judiciaire, il doit alors renoncer à obtenir l'information en cause et par conséquent tenter de mener à bien sa mission, sans cette information. Il devra alors en informer les parties, recueillir leurs observations et aviser le juge de son impossibilité à obtenir certains éléments.

A contrario, si le secret opposé lui paraît abusif, il devra en tirer les conséquences (cf. article 275 du NCPC).

2.2 – Le refus est non fondé : conséquences

Le professionnel qui est sachant ou partie s'abstient de répondre à la demande de l'expert ou lui oppose le secret professionnel. L'expert judiciaire, après avoir pris acte du refus, considère que celui-ci est infondé. S'agissant toutefois d'une appréciation de nature juridique, il est alors prudent pour l'expert de suivre la démarche suivante :

– rencontrer la personne informée et tenter de l'amener à réviser sa position, de sa propre initiative, pour qu'il ne puisse être reproché à l'expert d'avoir abusé de son autorité.

S'il n'y parvient pas :

– informer le juge des difficultés rencontrées et lui faire part de l'attitude de la partie en cause, susceptible de constituer un obstacle au bon déroulement de la mission.

Dans le premier cas, l'expert doit mesurer les risques pouvant découler des arguments utilisés pour tenter de convaincre la personne réticente. L'exercice de pressions pourrait être considéré comme un abus d'autorité, ayant incité à la violation du secret professionnel. Alors, l'utilisation d'informations **illégitimement** recueillies, pourrait entraîner l'annulation des opérations d'expertise et du rapport (cf. article 244 du NCPC).

Chaque fois que l'abstention d'une personne informée ne lui semble pas justifiée, il ne devra pas manquer de rappeler à l'intéressé, que son attitude constitue une entrave à la justice.

Dans l'hypothèse où la partie qui refuse de communiquer les éléments sollicités ne révise pas sa position, l'expert a le devoir d'en informer le juge pour lui permettre de tirer les conséquences d'une telle attitude (cf. articles 167 et 243 du NCPC).

Une nouvelle fois, il est important de rappeler que l'article 10 du code civil pour les parties citoyennes et l'article 11 du NCPC pour les justiciables disposent que les parties sont tenues d'apporter leur concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Aussi, est-il inacceptable que cette vérité soit tronquée en raison d'un secret professionnel opposé mal à propos. Le secret professionnel ne doit être qu'une exception limitée en raison de la qualité des informations ou des personnes en cause.

Ce rappel nous conduit à envisager une troisième situation.

3 – LE SECRET PROFESSIONNEL ET LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION

L'obstacle du bien fondé du secret professionnel étant levé, l'expert étant en situation d'obtenir la communication des informations souhaitées, il lui reste à veiller à la transmission desdites informations à toutes les parties.

Ainsi, peut-il arriver que la personne informée souhaite révéler ou accepte de révéler à l'expert des informations qu'elle détient, mais lui demande de ne pas les communiquer aux parties présentes à l'instance. Dans ce cas, l'expert ne peut accepter, dans le souci du respect de la contradiction, sur demande d'une partie informée, de ne pas révéler, à son ou à ses contradicteurs, les informations, dont il pourrait prendre connaissance.

Il a alors le choix entre plusieurs attitudes :

3.1 – L'information en cause est couverte par le secret professionnel

Si le caractère secret des informations en cause lui apparaît fondé, l'expert doit avertir la partie concernée que les éléments révélés seront transmis à ses contradicteurs, et inviter la personne concernée soit à autoriser la communication, soit à maintenir son opposition en évitant toute pression qui pourrait être qualifiée d'abus d'autorité.

Dans la première hypothèse, après avoir consulté le magistrat en charge du contrôle de l'expertise, l'information pourra être révélée aux parties et l'expert pourra en faire usage dans ses travaux, en précisant toutefois les circonstances qui lui permettent d'en faire état.

Dans la seconde hypothèse, l'expert doit abandonner l'idée d'obtenir l'information et de vouloir l'utiliser dans le cadre de sa mission, tout en précisant la position des parties, et l'intérêt qu'il y aurait eu à mentionner cette information.

3.2 – L'information ne présente pas de caractère secret

Une nouvelle fois, l'expert tentera de convaincre la personne informée de l'intérêt de la révélation et de la transmission des informations à la partie adverse. S'il n'y parvient pas, il devra en référer au juge.

A l'évidence, l'expert **ne doit pas accepter de recueillir des informations en s'engageant** à ne pas les divulguer et les diffuser par la suite. Il y aurait là un défaut de **loyauté**, voire une tromperie qui ne manquerait pas de lui être reprochée.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 1er avril 1981 a estimé que la recherche d'informations au prix d'une certaine tromperie, constituait un manquement aux devoirs de l'expert vis-à-vis d'une partie, susceptible donc de justifier son remplacement. En l'espèce, l'expert avait reçu des informations d'un justiciable contre un engagement de sa part de ne pas révéler lesdites informations à la partie adverse. Toutefois, celle-ci avait été informée, indirectement par le magistrat en charge de l'affaire. Le Conseiller Honoraire à la Cour de cassation, M. Jean Viatte avait commenté ainsi l'affaire : « la fin ne peut justifier un moyen déloyal ».

L'expert, qui fait état dans son rapport d'informations illégitimement recueillies, s'expose à voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article L 226-13 du nouveau code pénal et à voir ses travaux, son rapport, annulés.

Aussi, est-ce toujours avec beaucoup de prudence qu'il convient d'agir et de réagir lorsque apparaît l'obstacle du secret professionnel.

Face à une telle situation, la solution est rarement simple pour l'expert qui, bien souvent, doit composer ou aviser.

CONCLUSION

Le rapport de l'expert doit offrir à la justice un moyen assurant à chaque justiciable qu'une décision sera rendue équitablement.

Mais dans le secret professionnel, réside la volonté d'assurer la paix sociale, et de veiller au respect de la dignité humaine.

Ce secret professionnel ne doit pas empêcher la justice de s'exercer, au risque de créer des situations intolérables. Le respect des droits de l'homme serait alors bafoué par excès d'individualisme, alors que l'intérêt collectif prime sur l'intérêt individuel.

Mais en regard, la justice tout comme la société ont besoin, par principe, de transparence. La solution d'un litige ne peut être donnée avec des informations parcellaires ou incomplètes au motif que certaines d'entre elles devraient rester secrètes.

Pour autant, l'affirmation de ce principe ne résout pas les problèmes qui en découlent.

Aussi, ne faudrait-il pas envisager de mener une étude, une consultation sur l'opportunité et les possibilités de confier les incidents de procédure résultant du secret professionnel à une autorité indépendante et dépourvue de toute pression ?

Cette autorité pourrait valider ou non la mise en avant du secret professionnel opposé par les parties ou les personnes informées. Elle pourrait autoriser ou non, ou du moins, préciser les modalités, les formes, la durée de la divulgation des informations à communiquer à l'expert et à verser aux débats, permettant ainsi aux parties, qui y ont intérêt, d'obtenir des informations se révélant essentielles à une bonne application de la justice.

La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence a, dans son article 44, relative aux conditions de perquisition dans les cabinets d'avocats, prévu l'intervention du Juge des Libertés et de la détention, chaque fois que le Bâtonnier de l'Ordre ou son délégué s'oppose à la saisie d'un document s'il estime que cette saisie pourrait être irrégulière. Le document doit alors être placé sous scellés, fermé et les opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du Bâtonnier ou de son délégué (procès-verbal non joint au dossier de la procédure). Le procès-verbal ainsi que le document placé sous scellés sont alors transmis sans délai au Juge des Libertés et de la détention avec l'original ou une copie du dossier de la procédure. Dans un délai très court (5 jours), le Juge des Libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours.

Une intervention similaire du même Juge des Libertés et de la détention ne permettrait-elle pas, dans le cadre de l'expertise judiciaire, d'appréhender plus sereinement la question du secret professionnel et de donner **une solution équitable** aux problèmes auxquels nous sommes confrontés lors de l'accomplissement de nos missions ?

Ainsi, plus que jamais se vérifierait l'irrévérencieuse mais déférente formule de notre éminent confrère Pierre Ducoroy *« l'expert est un auxiliaire de la justice mais dès que l'expert est nommé, le meilleur auxiliaire de l'expert, c'est le juge »*.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Merci à notre rapporteur qui envisage la création éventuelle d'un juge du secret. Pourquoi pas ? Je ne sais pas où on le prendra !

LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION ET LE SECRET DES AFFAIRES

par Monsieur Didier FAURY

Expert près la Cour d'appel de Paris

Après la difficulté particulière liée au secret professionnel, nous allons aborder maintenant une entrave plus générale au respect du principe de la contradiction : le secret des affaires.

Comme l'a exposé notre confrère Sylvain Chaumet, le secret professionnel est lié à une personne qui en est le dépositaire, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

Le secret des affaires représente un obstacle plus général puisque la confidentialité dont se prévaut la partie qui refuse la communication d'une information est, cette fois-ci, liée à l'exercice d'une activité professionnelle quelle qu'elle soit.

Je tenterai dans un premier temps de définir la notion de secret des affaires ;

Je rechercherai ensuite dans quelle mesure la mise en avant par une partie à l'expertise de ce secret peut constituer une véritable difficulté ;

J'examinerai, enfin, la démarche de l'expert confronté à une situation de ce type.

1 – Comment définir le secret des affaires ?

La notion n'est précisée ni par les textes ni, à ma connaissance, par la jurisprudence. Le secret des affaires est mentionné à l'article L. 463-4 du Code de Commerce dans son livre IV « De la liberté des prix et de la Concurrence », article relatif au Conseil de la Concurrence :

« Le Président du Conseil de la concurrence peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas ou la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier. »

Cette absence de définition constitue, en elle-même, une difficulté car le risque existe de voir une partie qui y trouverait intérêt qualifier de secrètes des informations dont la communication lui serait défavorable.

Monsieur le professeur de Bermond de Vaulx a ainsi pu dire que le secret des affaires relevait « d'une nébuleuse d'autant plus difficile à cerner que les opérateurs économiques lui donnent, selon leurs intérêts bien compris du moment, un contenu à géométrie des plus variables ».

En première analyse, il semble que l'on puisse dire que sont secrètes les informations dont la diffusion serait de nature à être **préjudiciable en termes concurrentiels**.

Si l'on cherche à préciser les informations concernées on peut faire référence à celles que la doctrine rattache au « capital intellectuel de l'entreprise » (**a**) ou à sa situation économique actuelle ou future (**b**).

(**a**) Les informations portant sur le capital intellectuel de l'entreprise sont des informations originales ou stratégiques :

– une information est originale si elle concerne un savoir-faire particulier qui a nécessité un investissement intellectuel. Ce savoir faire n'est pas seulement industriel mais peut comporter des éléments de nature administrative, commerciale ou financière. Ce savoir faire est original s'il permet à l'entreprise de se distinguer de ses concurrents. Il peut, par exemple, s'agir de technique de distribution d'un produit ou d'organisation commerciale.

L'information concernée doit, par ailleurs, ne pas être accessible pour un tiers à l'entreprise ou ne doit l'être que très difficilement.

– Il convient de signaler le cas particulier des secrets de fabrication non brevetables qui font l'objet d'une disposition légale : la divulgation par une personne d'un secret de fabrication appartenant à l'entreprise qui l'emploie est un délit correctionnel puni par l'article L. 152-7 du Code du Travail) ;

– sans être originale une information peut être stratégique si elle porte sur des données qui constituent des atouts importants de la réussite de l'entreprise : fichiers clients, tarifs de vente, fichiers fournisseurs et conditions d'achats...

(**b**) Les informations confidentielles portant sur la situation économique de l'entreprise peuvent :

– concerner sa situation actuelle ou passée comme ses prix de revient, ses marges commerciales, ses résultats analytiques par produit ou secteurs ;

– être relatives à ses projets, investissements futurs et plans de développement.

Ces quelques exemples, qui ne peuvent naturellement être exhaustifs, montrent que le secret des affaires a pour objet la protection de l'intérêt de l'entreprise face à la concurrence. Ils montrent également que la réalité du secret dont peut se préva-

loir une partie au litige nécessite une appréciation au cas par cas sans qu'une définition générale soit systématiquement utilisable.

La violation de ce secret peut entraîner, dans la mesure où un préjudice est démontré, la mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de la divulgation :

– soit, sur la base de la responsabilité contractuelle dans le cas ou existe une clause contractuelle de confidentialité ;

– soit, sur celle de la responsabilité délictuelle.

Le secret des affaires tend donc à protéger un intérêt privé, celui d'une personne ou d'une entreprise, il est donc distinct du secret professionnel qui est d'intérêt général.

2 – Dans quelle mesure le secret des affaires peut il justifier un refus de communication de pièces dans le cadre d'une expertise ?

Nous savons qu'en vertu de l'article 16 du NCPC le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. De plus, selon l'article 11 du même Code, le juge peut, si une partie détient un élément de preuve lui enjoindre, à la requête de l'autre partie, de le produire au besoin à peine d'astreinte.

Par ailleurs, l'article 275 précise que les parties doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission et qu'en cas de carence des parties, l'expert en informe le juge qui peut ordonner la production des documents ou autoriser l'expert à déposer son rapport en l'état.

Dès lors, sur la base de ces textes, on peut se demander dans quelle mesure le secret des affaires est susceptible de constituer un obstacle spécifique au déroulement de l'expertise ?

La réponse me paraît figurer dans l'article 10 du Code Civil qui dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile sans préjudice de dommages et intérêts ».

La partie qui se prévaut du secret des affaires doit donc faire valoir que son refus de communication repose sur un motif légitime, c'est à dire que la transmission des informations demandées par l'expert serait susceptible de lui causer un préjudice direct ou indirect.

Le secret des affaires peut constituer un motif légitime de refus de communication d'informations confidentielles dont la diffusion serait préjudiciable pour l'entreprise.

A défaut certains pourraient tenter d'obtenir des informations secrètes sous couvert de procédures judiciaires sans véritable objet. Ce risque peut d'ailleurs exister particulièrement dans le cadre des mesures d'instruction « in futurum » ordonnées sur la base de l'article 145 du NCPC puisque les expertises sont alors réalisées « avant tout procès ».

A l'inverse le secret peut être aussi utilisé de façon abusive pour tenter d'empêcher le déroulement d'une instance. La Cour de Cassation dans un arrêt du 7 janvier 1999 s'est ainsi prononcée sur le secret des affaires dont se prévalait une partie pour s'opposer à la transmission d'informations demandées dans le cadre de l'article 145 précité.

La Cour a dit que le secret des affaires ne constitue pas, en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du NCPC dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées.

Le cas concernait une société qui vendait en les qualifiant « d'occasions neuves » des automobiles de marques à un prix inférieur à celui pratiqué par les concessionnaires. La Haute Cour a décidé que la Cour d'Appel avait statué souverainement sur l'existence du motif légitime et sur le bien fondé de l'autorisation donnée à un huissier de justice de procéder à diverses constatations dans les locaux de la société et à lui demander la remise de documents commerciaux.

C'est naturellement au juge qu'il appartient d'apprécier le caractère légitime ou non du refus de communication et, au delà de cette première difficulté, de décider si le principe de la contradiction a priorité devant l'intérêt d'une des parties de sauvegarder le secret des affaires :

(1) 2e civ, nº 95-21-934, cité dans le recueil Dalloz 1999, informations rapides p. 34.

Quelques commentaires peuvent être faits sur cette intervention du juge :

– l'appréciation du caractère légitime ou non du secret revendiqué constitue une tâche, à l'évidence, difficile pour les magistrats qui ont, en quelque sorte, à rechercher le préjudice éventuel que pourrait supporter la partie contrainte de divulguer des informations qu'elle estime secrètes. Les magistrats doivent être complètement informés des différents aspects du dossier ce qui, selon la complexité des cas, pourrait entraîner des compléments de mesures d'instruction, voire une expertise dans l'expertise...

– il existe cependant des situations assez fréquentes dans lesquelles le secret revendiqué par une partie peut être facilement rejeté par le juge, il en est ainsi lorsque les informations en cause sont devenues obsolètes, le temps leur ayant fait perdre leur importance commerciale ;

– il est, à l'évidence, souhaitable que la reconnaissance du caractère secret de certaines informations ne concerne, en définitive, que des données particulièrement sensibles, sauf à voir se multiplier les refus de communication.

3 – Quelle peut être la démarche de l'expert lorsque l'une des parties oppose le secret des affaires à une demande de communication de pièces ?

L'expert n'a pas à apprécier le caractère légitime du secret dont se prévaut une des parties et ne peut que rendre compte de la difficulté au Tribunal ou à la Cour. Il peut cependant, avant de se retourner vers les magistrats pour leur rendre compte de la difficulté, proposer aux parties de déroger à la stricte application du principe de la contradiction, dérogation qui implique évidemment l'accord exprès de celles-ci.

Cette situation sera illustrée au travers de deux cas concrets portant sur des expertises concernant les cas suivants :

1 – actions en concurrence déloyale qui nécessitent très fréquemment la communication de la nature de la clientèle des parties et du volume d'affaires par client ;

2 – évaluations de préjudice nécessitant l'analyse de prix de revient.

1. Les actions en concurrence déloyale

La mission confiée à l'expert peut consister, par exemple, à évaluer le préjudice subi par une entreprise se plaignant d'un

détournement de clientèle par d'anciens salariés qui ont rejoint une société concurrente.

Les travaux de l'expert nécessiteront, dans un premier temps, de rechercher les clients communs aux deux sociétés ainsi que l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par les deux entreprises avec ces clients.

La réalisation de ces travaux dans le respect du principe de la contradiction entraînera donc la communication entre les parties de la composition de leur chiffre d'affaires, information très généralement considérée comme confidentielle.

Le défendeur à l'expertise pourra faire valoir ce caractère secret pour refuser la communication à son contradicteur de ces informations.

Dans cette situation l'expert pourra proposer aux parties de prendre seul connaissance des listes de clientèle et de ne communiquer que les résultats de ses travaux, c'est-à-dire le chiffre d'affaires réalisé avec l'ensemble des clients communs.

Si l'une des parties refuse la proposition, l'expert ne pourra que rendre compte au juge qui l'a commis de la difficulté rencontrée

2. Les évaluation de préjudice nécessitant des analyses de prix de revient

Une société industrielle, demandeur à l'expertise, réclame une indemnisation au fournisseur d'une installation défectueuse.

L'évaluation du préjudice va comporter, au delà du coût de remise en état, le chiffrage des pertes d'exploitation subies et donc une analyse des marges sur coûts variables.

Les travaux d'expertise vont donc notamment porter sur des éléments de comptabilité analytique ou de gestion du demandeur qui devront être portés à la connaissance du défendeur. Au cas d'espèce ce défendeur a un rôle prépondérant dans le secteur d'activité concerné et a comme autres clients des concurrents du demandeur.

Ce dernier considère que les informations relatives à ses marges commerciales sont confidentielles et ne veut communiquer qu'au seul expert les informations demandées par celui-ci.

Cet exemple montre donc une situation qui peut paraître paradoxale puisque c'est le demandeur à l'expertise qui invoque le secret alors qu'il lui incombe d'apporter, dans le respect du principe de la contradiction, la preuve du montant du préjudice allégué.

Si le défendeur s'oppose à cette façon de procéder l'expertise sera vraisemblablement bloquée.

Dans ces deux exemples la solution envisagée réside donc dans la transmission au seul expert des documents estimés confidentiels.

Cette solution, qui peut comporter des variantes (les pièces confidentielles peuvent faire l'objet d'une communication partielle, par exemple des factures peuvent être transmises à la partie adverse mais en ayant préalablement occulté le détail des prix) exige, bien entendu, l'accord exprès de l'autre partie.

Cette solution est parfois d'une mise en œuvre délicate notamment lors de la rédaction du rapport d'expertise dans lequel ne pourront figurer, en détail, les information concernées.

Certaines parties s'opposent parfois à ce type de solution en faisant valoir que leur connaissance du secteur d'activité leur permettrait de relever à l'examen des pièces transmises des questions techniques ou des anomalies qui pourraient échapper à l'expert.

En cas de refus de la proposition de l'expert, celui-ci informera le magistrat chargé du contrôle ou de la mise en état.

Le magistrat aura, en premier lieu, la possibilité d'ordonner la communication des pièces présentées comme confidentielles par l'une des parties s'il estime que le refus de communication est abusif.

S'il considère que ce refus repose sur un intérêt légitime, la solution recherchée sera fréquemment du même type que celle indiquée précédemment à savoir la communication au seul expert des informations confidentielles. L'autorité du magistrat conduira sans doute la partie réticente à accepter plus facilement cette solution que lorsqu'elle était proposée par l'expert. En cas de refus la procédure risque d'être bloquée sauf si le juge décide que le principe de la contradiction doit prévaloir sur la protection du secret des affaires.

Pour finir trois remarques me paraissent pouvoir être faites :

1 – La pratique montre qu'il n'y a pas de véritable solution en dehors :

– soit, de la renonciation au strict respect du secret ;

– soit, de la renonciation au strict respect du contradictoire.

2 – C'est en définitive, avant intervention du juge, le demandeur à l'expertise qui maîtrise la poursuite de la procédure, en effet :

– si c'est le défendeur qui invoque le secret ce sera au demandeur d'accepter une certaine restriction au principe de la contradiction pour permettre à l'expertise de continuer ;

– si c'est le demandeur lui-même qui invoque le secret et que le défendeur refuse toute restriction dans la communication des pièces, le demandeur aura à choisir, sauf recours au juge, entre la communication des informations qu'il considère comme confidentielles et la poursuite de l'expertise avec abandon d'une partie de ses prétentions.

3 – L'intervention du juge, à défaut d'accord des parties sur une certaine restriction du principe de la contradiction, paraît devoir porter, non seulement sur l'appréciation de la réalité du secret invoqué, mais également sur la priorité de ce secret sur le principe de la contradiction, tâche difficile qui pourrait justifier l'intervention d'un juge spécialisé, juge du ou des secrets, comme cela a été évoqué précédemment.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Merci Monsieur Faury de votre excellent exposé qui complète la notion de secret. Je vais maintenant donner la parole à Monsieur Dana.

EXISTENCE DE LA CONTRADICTION EN MATIÈRE D'EXPERTISE PÉNALE ?

par Monsieur André DANA

Expert agréé par la Cour de cassation – honoraire

Mesdames, Messieurs, le thème même de cet exposé avait été très contesté par certains de mes bons amis, les uns me disant qu'il n'y avait pas de problème, que l'expertise en matière pénale était contradictoire, les autres me disant que cet exposé n'avait pas lieu d'être, l'expertise en matière pénale n'étant pas contradictoire. J'ai tout de même voulu essayer de jeter quelques idées à ce sujet.

LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION EXISTE-T-IL EN MATIÈRE PÉNALE ?

Malgré le titre de cet exposé, je me limiterai à rechercher les éventuelles manifestations du principe de la contradiction dans le déroulement de l'« expertise » pénale et non pas dans le domaine de la « procédure » pénale.

Je vais procéder à cette étude en distinguant deux phases de l'expertise :

– l'une commençant à la désignation de l'expert et se terminant avec le dépôt de son rapport ;

– l'autre phase commençant à partir du dépôt de son rapport et se poursuivant jusqu'à l'audience.

L'existence du contradictoire en matière d'expertise pénale sera appréciée **avant la mise en application de la loi du 15 juin 2000**. Je procéderai ensuite à l'énumération des modifications apportées au déroulement de l'expertise (première et deuxième phases) par l'introduction de ce nouveau texte dans notre droit positif.

Ce thème avait fait l'objet le 6 décembre 1993 d'un Colloque organisé par notre Section Parisienne, Colloque auquel participaient Madame Rolande Berne-Lamontagne et Monsieur Bouchon, ainsi que Madame Nocquet et Monsieur Marin.

Première phase : Déroulement de l'expertise

Il y a quelques années l'information en matière pénale était en principe secrète et non contradictoire et l'expertise n'était pas contradictoire.

Je citerai à ce titre des extraits d'excellents ouvrages tels que :

– Le Dictionnaire Juridique sur l'Expertise en Matières Civile et Pénale de Monsieur Tony Moussa

Dans cet ouvrage qui datait de 1983, on peut lire en page 75 :

« Contrairement à ce qui est le cas en matière civile, ***l'expertise n'a pas, en principe, en matière pénale, un caractère contradictoire au cours de son exécution****. Elle peut même être décidée, pendant l'instruction de l'affaire, sans que les parties en aient été averties, sauf au cas où le juge d'instruction envisage de désigner un seul expert, alors que la question soumise à l'expertise porte sur le fond de l'affaire. Par conséquent, les* ***experts commis ne sont pas tenus de convoquer les parties ou leurs conseils****, ni avant, ni pendant les opérations d'expertise, à moins qu'ils ne jugent leur présence nécessaire à l'accomplissement de leur mission ; mais ils sont obligés d'observer strictement les règles relatives à l'audition et à l'interrogatoire de l'inculpé s'ils estiment nécessaire de lui demander des explications.* ***Rien non plus n'impose aux experts de communiquer aux parties les documents ou renseignements sur lesquels ils comptent fonder leur avis****, de répondre aux demandes ou observations que les parties leur adresseraient directement, ou d'envoyer une copie de leur rapport aux parties ou à leurs conseils. La contradiction de l'expertise n'a à être respectée en procédure pénale que dans quelques cas rares régis par des dispositions spéciales. »*

– Expertises, Expert et Procédure de Monsieur Jean Beynel (Préface par Monsieur Drai)

On relève également dans cet ouvrage publié en 1989 que l'information était secrète et non contradictoire (page 100), puis en page 118 que les opérations d'expertises étaient non contradictoires.

Il apparaît en effet que l'élément essentiel du caractère contradictoire de l'expertise civile qui est la présence ou la représentation des parties aux réunions d'expertise ne peut en aucun cas s'appliquer en matière d'expertise pénale et ce, malgré les demandes parfois formulées en ce sens par certains avocats.

Il en est de même de la communication aux parties des pièces obtenues par l'expert. En effet, l'expert en matière pénale ne doit communiquer aucun document ou pièce qui font partie du dossier d'instruction, même aux personnes mises en examen. Cette règle rigide est atténuée par le rôle du juge d'instruction qui détient l'ensemble des pièces composant le dossier d'instruction que les conseils des personnes mises en examen peuvent examiner et dont ils peuvent demander copies.

Notons cependant que l'article 165 du CPP permettait aux parties (avant la loi du 15 juin 2000) de demander à la juridic-

tion ayant ordonné l'expertise de prescrire à l'expert de procéder à certaines recherches ou d'entendre toute personne nommément désignée susceptible de fournir des renseignements d'ordre technique.

Signalons un autre exemple du caractère contradictoire de l'expertise pénale qui peut être relevé dans le cas de plainte avec constitution de partie civile.

En effet, la Partie Civile peut être entendue par l'expert – nous verrons ci-après les modifications apportées par l'article 27 de la loi du 15 juin 2000 –, et peut lui adresser des documents ou des précisions étayant ses griefs. Bien que rien ne soit prévu à cet égard par le CPP, il semble souhaitable que ces documents ou précisions soient communiqués en copie ou en original au juge chargé de l'instruction de cette affaire. Les effets de cette mesure, de nature à renforcer le droit de la défense, sont très sensibles dans les cas d'expertise en matière financière. La personne visée, éventuellement mise en examen, pourrait ainsi prendre connaissance des éléments développés par la Partie Civile pendant l'expertise et non pas seulement après le dépôt du rapport de l'expert. Ce dernier peut d'ailleurs, en l'absence de texte, prendre l'initiative d'adresser systématiquement au juge d'instruction une copie des documents et des courriers (appelés parfois improprement « Dire » par certains conseils), qui lui ont été transmis par la Partie Civile.

Dans le même esprit, il importe de citer le texte de l'article 104 du CPP modifié par la loi du 24 août 1993 qui avait introduit la notion de « personne nommément visée ».

Grâce à ce texte qui améliore le droit de la défense, une personne visée nommément dans une plainte avec constitution de Partie Civile, peut sur sa demande, lorsqu'elle est entendue comme témoin, bénéficier des droits reconnus aux personnes mises en examen par les articles 114, 155 et 120 du CPP.

Dès avant la loi du 15 juin 2000 et bien que le texte de cet article 104 du CPP ne visait pas l'ancien article 164 alinéa 3 du même code, il avait été généralement admis que les personnes visées pour pouvoir être entendues par l'expert hors la présence du juge d'instruction, devaient expressément renoncer au bénéfice des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 164.

Enfin, citons pour mémoire un texte qui a légèrement réduit le caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale. Il s'agit de la loi du 30 décembre 1985 qui a modifié l'article 159 du CPP en instaurant le principe d'un expert unique, principe auquel il peut être dérogé dans le cas de circonstances particulières. Malgré cette possibilité de dérogation, il apparaît que dans la majorité des cas les juges ont désormais recours à un expert unique, ce qui entraîne la suppression du dialogue « contradictoire » qui existait entre les deux experts. Ce « dialogue », sans constituer un élément contradictoire au sens de l'article 16 du NCPC, apportait une certaine contradiction dans le déroulement de l'expertise.

Par ailleurs, il importe de souligner l'importance des dispositions du troisième alinéa de l'article 161 du CPP que je cite :

« Les experts doivent remplir leur mission en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat délégué ; ils doivent le tenir au courant du développement de leurs opérations et le mettre à même de prendre à tout moment toutes mesures utiles.

Le juge d'instruction, au cours de ses opérations, peut toujours, s'il l'estime utile, se faire assister des experts. »

Cet article permet de résoudre beaucoup de difficultés pouvant résulter notamment du caractère non contradictoire de l'expertise. Il permet de rappeler aux personnes concernées ainsi qu'à leur conseil que c'est en effet le juge qui assure le respect des règles. Il ne peut déléguer cette mission à l'expert qui ne peut donc en aucun cas se substituer au juge.

Deuxième phase : Intervention de l'expert après le dépôt du rapport

A la suite du dépôt de ce rapport et de la communication des conclusions aux parties (article 167) réapparaît le principe de la contradiction. Il arrive fréquemment que les conseils des parties concernées (partie civile, personnes visées ou personnes mises en examen) déposent des observations et que le juge, s'il l'estime nécessaire, demande l'avis de l'expert à ce sujet.

Les parties peuvent également demander un complément d'expertise ou une contre expertise.

De plus, les experts peuvent être convoqués à l'audience (article 168 du CPP) pour exposer le résultat des travaux qu'ils ont été amenés à effectuer. Le président peut également à la demande du ministère public, des parties ou de leurs conseils poser des questions relatives à leurs expertises.

Modifications apportées par la loi du 15 juin 2000

Je vais maintenant terminer ce déjà long exposé en soulignant les quelques modifications relatives au contradictoire apporté par ce nouveau texte dans le cadre de l'**expertise judiciaire**.

Je tiens à rappeler en un premier lieu que le chapitre premier du Titre Premier de cette loi a pour intitulé : *« Disposition renforçant les droits de la défense et le respect du caractère contradictoire de la procédure »*.

Cette loi apporte effectivement de nombreuses modifications en ce sens dans le déroulement de la **procédure**.

En revanche en ce qui concerne l'expertise, je n'ai relevé que quelques modifications :

• En premier lieu, il est important de souligner la nouvelle rédaction du premier alinéa de **l'article 156** auquel il a été ajouté par l'article 27 de la loi du 15 juin 2000 :

« Le ministère public ou la partie qui demande une expertise peut préciser dans sa demande les questions qu'il voudrait voir poser à l'expert. »

Ce nouveau texte complète à mon sens, en amont, les dispositions qui existaient déjà dans l'article 165 précité.

• Une autre modification dont il conviendra que les experts se souviennent, consiste en l'adjonction d'un alinéa à **l'article 164** du CPP relatif au témoin assisté et surtout à la partie civile.

L'article 27 de cette loi précise en effet :

Le dernier alinéa de l'article 164 du même code est ainsi rédigé :

« Les dispositions du présent article sont également applicables au témoin assisté et à la partie civile. »

Si la renonciation par le « témoin assisté » aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 164 était déjà appliquée par un grand nombre de tribunaux, le texte, désormais en vigueur, constitue une innovation en ce qui concerne la partie civile.

• En ce qui concerne le « témoin assisté », je voudrais signaler que du fait de cette nouvelle loi l'article 104 a été abrogé et qu'il a été remplacé par l'insertion d'une sous-section 2 après l'article 113 du CPP.

Cette sous-section concerne notamment les droits de toutes personnes non mises en examen et nommément visées dans un réquisitoire introductif ou dans une plainte.

Les articles en question (**113-1 à 113-8**) bien que ne se rapportant pas directement à l'expertise, peuvent avoir une incidence sur son déroulement en ce qui concerne le respect des droits de ces personnes visées.

• En ce qui concerne la **deuxième phase** de l'expertise, c'est-à-dire après le dépôt du rapport, on constate également que **l'article 167** a été complété et permet la remise aux avocats des parties de l'intégralité du rapport d'expertise.

Cette dernière modification est importante car elle va entraîner des communications systématiques de l'intégralité du rapport d'expert. Par corrélation, les conseils des parties vont adresser au juge de nombreuses notes et le magistrat demandera à l'expert de lui faire part de ses observations relatives à ces notes.

• Enfin le droit des parties est renforcé en cours d'audience par la nouvelle rédaction des **articles 312 et 442-1 du CPP** qui établit qu'à compter du 1er janvier 2001 le ministère public et les avocats des parties peuvent, après avoir demandé la parole au président, poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins, ainsi qu'à toutes les personnes appelées à la barre.

Il apparaît ainsi que l'expert, après la **phase écrite** de sa mission, devra se préparer à une véritable **prestation orale** à l'audience. Certes ces dernières années, cette situation existait déjà de fait et le président autorisait parfois les avocats à avoir un véritable dialogue avec les experts.

Néanmoins le nouveau texte développera cette tendance qui pourrait être à l'origine d'incidents d'audience si l'expert, pour répondre à une question ou pour donner une précision, était amené à produire des notes ou pièces non comprises dans le dossier d'instruction et ne figurant ni dans le rapport, ni dans les annexes au rapport.

Allons-nous vers des séances de questions comparables à la « cross examination », véritables tirs croisés sur l'expert, en usage dans les pays anglo-saxons ?

Je ne le souhaite pas pour mes confrères qui assureront la relève, mais je crains que cette pratique tende à se développer dans l'avenir.

Enfin, je pense traduire un sentiment général en estimant que, « de lege ferenda », le principe de la contradiction en matière d'expertise pénale s'introduira progressivement dans notre droit positif.

De nombreux articles parus dans la presse spécialisée émanant tant d'avocats que de magistrats du parquet ou du siège, laissent prévoir une évolution en ce sens qui certainement, rendra plus complexe l'accomplissement de nos missions en matière pénale, mais qui, si elle intervient progressivement et sans excès, pourrait aller dans l'esprit de l'article 6-1 de la CEDH (1).

Je ne développerai pas les divers souhaits et arguments que j'ai relevés à ce sujet car notre journée d'étude au demeurant consacrée à l'expertise en matière civile, a pour objet d'essayer de résoudre les problèmes présents et non de prévoir les difficultés futures.

J'en resterai donc là et je vous remercie de votre bienveillante attention.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Merci beaucoup. Vous avez intitulé votre conférence « Le principe de la contradiction peut-il exister en matière pénale ? » Il aurait pu être intitulé « Le principe de la contradiction doit-il exister en matière pénale ? ». Finalement le contradictoire maintenant est beaucoup plus répandu en matière pénale qu'au moment du code d'instruction criminelle. Il y a eu des améliorations sensibles, mais il fallu tout de même attendre un siècle, au XIXe, pour que l'avocat puisse pénétrer chez le juge d'instruction.

Cela dit les dernières modifications de la loi du 15 juin 2000 que vous avez citées ont apporté des améliorations dans la phase postérieure au dépôt du rapport, mais apparemment pas pendant l'expertise. On est là, me semble-t-il, tout à fait en dysharmonie avec la Convention européenne des droits de l'homme. Est-ce qu'il y a des raisons majeures qui font qu'on ne peut pas, pendant l'expertise, respecter le principe de la contradiction dans la matière pénale ?

La séance est suspendue.

La séance est reprise.

M. le Président Buffet. – Nous reprenons nos travaux et écoutons M. Eichel.

(1) Convention européenne des droits de l'homme.

LA CONTRADICTION DANS DIFFÉRENTS SYSTÈMES PROCÉDURAUX

par Monsieur Edmond EICHEL

Expert agréé par la Cour de cassation

INTRODUCTION

L'Administration Judiciaire de la Preuve, titre septième du Code de Procédure Civile (« Nouveau » depuis 1975), comprend une section IV « L'expertise » qui se trouve incluse, un peu comme des poupées russes, dans le chapitre V « Mesures d'instruction exécutées par un technicien », lui-même partie du sous-titre II « Les mesures d'instruction » du titre septième.

L'avis que l'expert exprime dans son rapport (sous-section 3 de ladite section IV), ainsi que l'exposé de ses constatations et ses propres commentaires, peuvent être contestés et même faire l'objet d'une inscription de faux (alinéa 2 de l'art. 286 NCPC, compris dans le sous-titre III « Les contestations relatives à la preuve littérale » inclus dans le titre septième).

Le statut particulier de l'expert judiciaire français comporte notamment son inscription sur une liste dressée par les Cours d'appel ou, pour la liste nationale, par le Bureau de la Cour de cassation ; il prête le serment « d'apporter son concours à la justice, d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et en sa conscience ».

La procédure civile française impose à l'expert, comme au Juge lui-même, l'obligation de respecter le principe de la contradiction. Cette situation a pu inciter une partie de la Doctrine à exagérer l'importance de son rôle, jusqu'à lui attribuer un véritable magistère. Nous y reviendrons dans un instant.

S'agissant de l'expertise comptable, financière ou touchant à la gestion des entreprises et à l'informatique, il est vrai que l'imbrication permanente des questions de droit et de pure technique peut amener l'expert à évoquer, par exemple, les effets d'un contrat de vente ou de location. Il le fera toutefois en se cantonnant strictement à sa mission, pour n'en tirer que des conséquences irréfutables et de bon sens.

En Belgique, pays proche de la France par sa tradition juridique, mais aussi en Allemagne, l'expert qui s'exprimerait sur le fond de l'affaire, en droit, pourrait voir son rapport censuré mais seulement s'il s'y montrait trop directif alors qu'en France, un tel rapport serait systématiquement annulé.

Dans ces pays, de telles prises de position n'entraînent pas automatiquement l'annulation du rapport car le Juge y a toute latitude pour écarter les raisonnements spécieux ou inappropriés du rapport.

Une perspective comparatiste nous invite donc à examiner en quoi le système français de l'expertise – et singulièrement le contradictoire – se distingue de celui que connaissent d'autres pays européens et même américains.

Les questions posées à ce propos seront les suivantes :

– Les pratiques expertales sont-elles fondamentalement différentes, par exemple, en France et dans les pays anglo-saxons ?

– Le contradictoire est-il la règle pour tous les experts en Europe continentale ?

L'espace judiciaire européen, toujours en devenir, unifiera-t-il les règles nationales compte tenu des exigences de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ?

Comment le principe de la contradiction est-il lié au principe d'égalité des armes, et plus généralement, à ce que la cause soit entendue équitablement ?

C'est ce que nous examinerons, dans un premier temps, en fonction de la profonde division entre les systèmes « romanistes » de droit écrit et la tradition du Common Law (1), selon le rôle imparti à l'expert dans le procès civil et même pénal (2).

Dans certains pays, l'expert est associé de près à la démarche du Juge, dont il devient l'assistant et même parfois l'assesseur, l'appréciation de ses avis techniques étant alors renvoyée à l'audience où tous les éléments de l'affaire sont discutés de façon contradictoire (Italie, Pays scandinaves). Ce sera l'objet d'une deuxième partie.

Ainsi que nous venons de l'évoquer, les pays de Common Law, principalement l'Angleterre et les USA, considèrent que

---

(1) L'emploi du masculin est recommandé par la Doctrine pour identifier Common Law à Droit plutôt qu'à Loi (voir notamment, PUF, collection Que sais-je ?, « La Procédure Pénale Anglaise » de J.R. Spencer, Professor of Law, Université de Cambridge, n° 3274 et « Le Droit Comparé » du Professeur Pierre Legrand, n° 3478, pp. 48/49).

(2) La loi du 15 juin 2000 a supprimé la 2e phrase de l'article 442 CPP (« Le ministère public, ainsi que la partie civile et la défense, celles-ci par l'intermédiaire du président, peuvent lui poser des questions ») et a introduit un nouvel article 442-1 qui dispose : « Sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser **directement** des questions au prévenu, à la partie civile et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président. Le prévenu et la partie civile peuvent également poser des questions par l'intermédiaire du président. »

l'avis de l'expert indépendant, même impartial, doit venir à l'appui de la thèse de la partie qui le commet afin que se dégage à l'audience, après la séance des interrogatoires et contre-interrogatoires des experts considérés comme des témoins, une vérité que le Juge apprécie en tranchant le litige.

Cette troisième partie précédera un bref examen des règles américaines relatives au secret des affaires avant de tenter, dans une brève conclusion, de cerner les tendances actuelles du droit de l'expertise judiciaire en Europe.

I – L'EXPERT, AUXILIAIRE DE LA JUSTICE

Faut-il rappeler que l'expert, quel que soit son statut, est nécessairement par sa fonction même, un auxiliaire du juge, indispensable à l'administration d'une bonne justice ?

Les textes français et allemands sur la question sont sans ambiguïté : l'Expert judiciaire comme le *Sachverständiger*, fournissent au Tribunal une preuve *(Der Beweis)* par l'avis impartial contenu dans leurs rapports écrits *(Gutachten)* ou par leur témoignage oral.

Mais la preuve par expert est, en Allemagne, une preuve testimoniale plutôt qu'une véritable mesure d'instruction et les parties peuvent choisir leur expert d'un commun accord, car il n'existe pas de listes dressées par les tribunaux, comme en France (3).

On voit que les différences dans l'organisation judiciaire comme dans les rapports entre juges et experts des deux pays sont importantes.

Du point de vue du contradictoire, on rappellera que l'expert allemand n'a pas pour mission de convoquer les parties ou leurs avocats pour les entendre ; en règle générale, il se contente du contenu de leurs dossiers et, le cas échéant, des pièces qu'elles lui communiquent après qu'il en a demandé la production au Tribunal.

Dans un article intitulé « Le principe du contradictoire et l'expertise en droit comparé européen » (4), Madame le Professeur Dominique Ferrand (5) indique, à propos du droit allemand, que « le principe du contradictoire est énoncé dans l'article 103, alinéa premier de la Constitution allemande... : *« devant le tribunal, toute personne a le droit d'être entendue »*, formulation dont le Professeur reconnaît qu'elle est « extrêmement large », et qui se résume dans l'expression *« Anspruch auf rechtliches Gehör »*.

Toutefois, il apparaît que les obligations imparties au Juge allemand en matière de contradiction ne s'imposent pas avec la même rigueur au *Sachverständiger* qu'à l'expert français dans le cadre du NCPC.

Il semble que, dans certains domaines, la présence des parties aux opérations de l'expert ne soit pas toujours exigée bien que Mme le Pr Ferrand souligne qu'il découle de l'article 103 susvisé de la Constitution allemande que *« l'expert doit en principe permettre aux parties d'accéder aux réunions d'expertise et de suivre les travaux de l'expert, que ce soit déplacement sur les lieux, examen de documents, livres de compte, etc. »*.

*
**

J'ai indiqué qu'en France, une partie de la doctrine (6) tend actuellement à considérer le système français de l'expertise judiciaire comme une sorte de premier degré de juridiction et soutient le droit à une « expertise équitable », en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH.

Les avocats des parties devraient ainsi s'adjoindre des techniciens de la même spécialité que l'expert nommé par le Tribunal pour mieux comprendre la portée de ses questions, voire pour critiquer ses conclusions.

Mais ce serait oublier que le véritable débat doit se dérouler devant le juge.

L'expert serait en effet amené, à la suite des opinions ou avis techniques qui lui seraient communiqués, à ouvrir un débat avec des confrères nommés par les parties et à affaiblir, de ce fait même, la portée de l'avis ou du rapport qu'il est chargé de fournir au tribunal (après discussion, bien entendu, des observations ou notes techniques qui lui sont communiquées contradictoirement au cours de l'expertise).

Cette tendance doctrinale pourrait ainsi faire du cabinet de l'expert un lieu où les avocats seraient tentés de plaider le fond de l'affaire, ce qui nous paraît constituer une dérive par rapport à la convergence souhaitable des procédures en Europe.

II – L'EXPERT, ADJOINT DU JUGE

Le cas de l'*Esperto* italien est particulier, car il collabore avec le Juge comme le ferait un adjoint, l'expertise n'étant pas considérée unanimement, en Italie, comme un mode de preuve.

Giacomo Oberto, Secrétaire général adjoint de l'Union internationale des magistrats, dans un article de 1997 intitulé « L'Administration Judiciaire de la Preuve dans le procès civil italien » (7) cite les articles 61, 62, 194, 196 et 197 du Code de procédure civile italien et indique que « l'expert n'est qu'un "assistant" du juge : on dit chez nous que le juge est *peritus peritorum*, voire l'"expert des experts" ».

Cet adage a d'ailleurs été repris par M. le Conseiller d'État Jean-Paul Costa, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme dans le colloque organisé au Sénat fin 1999, mais il ajoutait aussitôt : « Ce qui compte, c'est le débat contradictoire devant le tribunal ; c'est à ce stade qu'il faut pouvoir contester l'expertise et présenter des preuves allant en sens contraire. »

Au cours de ce même colloque, organisé par la Compagnie des Experts Agréés par la Cour de cassation (8), Enzo Meriggiola, Président honoraire de la Cour de cassation italienne, a cité la jurisprudence en indiquant que « l'expert ne devait pas se limiter à établir les faits d'un point de vue technique et scien-

(3) Voir sur ce point l'exposé de Maître Krûmmel, *Rechtsanwalt* à Bonn, in « Le rôle de L'expertise et de l'Expert Comptable Judiciaire Dans Quelques Droits Nationaux Européens et Dans le Droit Communautaire » (Actes du colloque organisé le 3 décembre 1997 par la Section Paris-Versailles de la CNECJ).

(4) In Revue internationale de droit comparé n° 2 (avril-juin 2000), texte issu d'une intervention au colloque de l'Association lyonnaise et l'Association nationale des médecins-experts du 27 novembre 1999 à Lyon.

(5) Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3.

(6) Notamment les professeurs Frison-Roche et Marguénaud, respectivement dans l'ouvrage « L'Expertise » (Dalloz, 1995, p. 95) et lors de la communication au colloque « L'expertise entre Sciences et Droit » organisé par le GDR Sciences et Droit le 12 juin 1998 à la Cour de cassation (texte reproduit dans Le Dalloz, 2000, n° 7).

(7) Cf. « Juges et jugements : l'Europe plurielle, l'élaboration de la décision de Justice en droit comparé », Actes du colloque organisé par l'Institut de droit comparé de Paris les 5 et 6 mai 1997 (p. 44).

(8) Cf. Actes du colloque du 3 décembre 1999, page 125.

tifique, mais devait également, par des opérations logiques, faire un lien entre les différents éléments acquis de manière à parvenir à des évaluations pouvant être utilisées par le juge comme source de son intime conviction ».

La doctrine, ajoute le Président Meriggiola, estime que « l'expert doit vivre lui aussi les événements qui ont donné lieu au procès ; il doit se rendre compte de l'objectif réel de son intervention, destinée à l'établissement de la vérité ».

Peut-on mieux exprimer la véritable osmose qui caractérise, en Italie, les rapports du juge et de l'expert ? Mais ne dirions-nous pas à ce propos, que l'expert y empiète sur le domaine du droit ?

On peut, certes, comme en Suède dans certaines affaires commerciales et très techniques, aller jusqu'à envisager l'échevinage, la participation de l'expert au procès en qualité d'assesseur du tribunal.

Mais quid alors du « couple » juge-expert, selon la formule du Premier Président Drai, si chaque partenaire du tandem se mêle du travail de l'autre ?

Si les juges désignent des experts pour les éclairer sur des questions techniques qui échappent à leur compétence, peut-on en même temps considérer que l'expert serait une sorte d'adjoint spécialisé du juge ?

En tout état de cause, le contradictoire s'exerce pleinement dans le procès civil italien, la cause y étant librement débattue devant l'expert et devant le juge.

Lors du colloque précité, le Juge Oberto remarque cependant qu'il manque, dans la procédure italienne, la « consultation technique », ce qui « met les juges italiens dans l'alternative d'ordonner une expertise, même lorsque cet instrument apparaît disproportionné par rapport à l'entité du litige » et il conclut en évoquant la plus grande « souplesse » des règles procédurales françaises comparées au CPCIT de 1989.

III – LES EXPERTS-TÉMOINS DANS LES PAYS DE COMMON LAW

Le système processuel anglais, d'où est issue la procédure américaine, est marqué par le principe dit « adversary », dans lequel le juge a relativement peu d'initiative, bien que depuis une réforme de 1999, il se voit aujourd'hui reconnaître plus de pouvoirs au cours de la phase d'instruction *(Interlocutory stage)* comme au cours de l'audience elle-même *(Trial)*.

On rappellera à ce propos, qu'en première instance (9) la décision est rendue par un juge unique qui est en général un ancien *barrister* (avocat plaidant) très expérimenté.

Il m'est évidemment impossible d'évoquer ici les différences significatives existant entre le droit anglais (plus précisément celui de l'Angleterre et du Pays de Galles puisque l'Irlande du Nord et surtout l'Écosse ont un régime différent) et celui, notamment, des États-Unis d'Amérique, de l'Australie ou du Canada.

Je signale seulement un aspect important relevé dans le système procédural américain.

La phase préliminaire du procès civil aux USA donne lieu à la *Discovery*, qui impose aux parties de se communiquer contradictoirement toutes les pièces, expertises privées et arguments qu'elles entendent évoquer à l'appui de leur thèse.

Mais les informations sensibles ou confidentielles peuvent ne pas être produites à condition d'obtenir du tribunal, sur requête, une autorisation spéciale appelée *« Protective Order »*. J'y reviendrai dans un moment.

En droit anglais de l'expertise, le fondement du contradictoire consiste non à y trouver directement un élément de preuve mais à établir l'*Évidence* pour le Juge qui, pendant l'audience principale, arbitre les débats entre les parties. Notons que, dans le contexte anglais, *Évidence* signifie moyen convaincant et non « preuve évidente ».

Compte tenu de l'oralité de la procédure devant les tribunaux anglais, c'est verbalement que les *barristers* s'expliquent et que les experts témoignent.

S'ils ont établi un rapport, celui-ci n'est pas destiné au Juge mais à la partie qui les a commis, sauf dans les cas où l'importance limitée de l'affaire justifie, depuis les règles nouvelles introduites dans la procédure à la suite du Rapport Woolf (10), la désignation d'un seul expert par le tribunal, parfois avec l'accord préalable des parties sur un nom choisi de concert.

L'expert-témoin *(Expert witness)* est ainsi considéré comme un « sachant », un technicien qui témoigne en faveur de la thèse de son client sur le fondement de ses propres constatations.

Même si l'on ne met pas en cause, d'emblée, la bonne foi et la compétence de ce « sachant » spécialisé, peut-on vraiment dire que les garanties d'indépendance et d'impartialité qui s'attachent à la fonction d'expert judiciaire en France se retrouvent chez l'expert britannique ? Sans doute non.

En effet, l'expert anglais témoigne d'abord en répondant aux questions de l'avocat de son client, c'est l'*Examination in chief*. Puis c'est au tour de l'avocat de la partie adverse de l'interroger par *Cross examination*, souvent de façon insidieuse pour tenter de le déstabiliser, en tous cas de décrédibiliser ses arguments. Enfin le premier *barrister* peut lui faire préciser certains points en le réinterrogeant *(Re-examination)*.

On voit bien que ce système tend à favoriser les parties ayant la plus grande capacité financière à se procurer l'appui des meilleurs experts, en nombre et en compétence. C'est ce qui me paraît constituer l'inconvénient majeur au regard du principe de l'égalité des armes.

Toute la phase de mise en état est marquée, comme aux États-Unis, par une phase de *Discovery* et par l'obligation de *Disclosure*, c'est-à-dire de révélation de tous les éléments venant étayer la cause du plaideur.

On note à ce sujet que les Conseils des parties (*Solicitors* en Angleterre, *Attorneys* aux États-Unis) se réunissent généralement pour préparer la liste des pièces qui sera remise au juge avec tous les documents pertinents.

IV – DISCOVERY ET SECRET DES AFFAIRES AUX ÉTATS-UNIS

Les règles fédérales de procédure civile (11) ont prévu, pour

(9) Il s'agit des *County Courts* qui tranchent environ 90 % des litiges en première instance, et pour les litiges plus importants, représentant 10 % des décisions, de la *High Court*.

(10) « Access to Justice », Rapport final de Lord Woolf, Master of the Rolls, juillet 1996.

(11) Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) – Rule 26 – for the United States District Courts.

résoudre la plupart des difficultés qui se posent à ce sujet, un article 26 c paragraphe 7, qui permet aux parties détentrices de secrets, d'informations confidentielles ou de nature, si elles étaient révélées, à nuire gravement aux intérêts des parties en cause, d'avoir recours à une mesure ordonnée par le juge : le « Protective Order ».

Il s'agit d'une protection judiciaire, accordée seulement pour justes motifs – la jurisprudence est considérable en la matière – et il existe la possibilité de confier le secret à une personne neutre ou de le placer sous scellés à ouvrir par le juge seul au moment de l'audience *(Hearing)*.

Le cas typique en l'occurrence, est celui de la formule du Coca-Cola que de nombreux concurrents aimeraient connaître au cours d'une sorte d'expertise *In Futurum*, la *Pre-Trial Discovery* (qu'on peut traduire par « quête documentaire préalable à l'audience civile ») sur le fondement d'agissements monopolistiques ou d'une entrave alléguée à la concurrence (12).

Mais la protection judiciaire spécifique du *Protective Order* n'existe, en tant que telle, qu'aux États-Unis. En Angleterre, les parties peuvent toutefois solliciter du juge la rétention d'informations techniques au moyen d'un *« claim for privilege »*.

Comme l'ont évoqué mes confrères Chaumet et Faury, pourrions-nous suggérer qu'un « juge du secret » soit nommé pour protéger les aspects les plus confidentiels du savoir-faire d'une entreprise ? Ce pourrait être le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction.

Dans la mesure où ce juge serait lui-même détenteur du secret, tout ou partie de sa révélation, nécessaire au contradictoire, donc à la bonne administration de la justice, pourrait lui être exclusivement confiée. Les révélations abusives d'informations, comme leur rétention exagérée se verraient ainsi contrôlées par le seul juge, à qui il incombera parfois de montrer aux parties que la médiation judiciaire ou l'arbitrage seraient plus appropriés pour régler leur différend.

IV – EN GUISE DE CONCLUSION

J'aborderai le devenir de l'expertise dans l'Espace Judiciaire Européen car la tradition de notre droit s'oppose parfois à la conception que la Cour européenne des droits de l'homme s'est forgée du procès équitable sous l'influence, dit-on, du Common Law anglais (13).

Il faut bien constater, en effet, que la jurisprudence de cette Cour pose quelques problèmes aux juristes français et même aux Hauts Magistrats de notre Cour de cassation et du Conseil d'État.

N'ont-ils pas vu certaines de leurs décisions censurées au motif d'un respect insuffisant des règles posées par l'article 6-1 de la Convention, en particulier quant à l'équité du procès et au délai « raisonnable » dans lequel tout justiciable européen doit dorénavant être jugé.

Certaines réformes des pratiques françaises s'ensuivent obligatoirement, puisque la norme européenne est hiérarchiquement supérieure au droit interne des pays de l'Union européenne.

S'agissant des experts, le poids d'un avis et des conclusions qui achèvent un rapport clair et bien construit – en particulier dans les disciplines économiques –, peut avoir dans l'appréciation des faits par les magistrats une grande importance.

L'expert assesseur aux côtés des juges, à l'audience, est connu du droit scandinave. Ce type de dispositif existe dans le rapport sus visé de Lord Woolf (14) *(Expert assessors)*, pour remplir un rôle de modérateur auprès des experts nommés par les parties et d'assistant au juge dans les affaires particulièrement complexes.

En France, cependant, les esprits ne paraissent pas prêts à admettre que les experts deviennent de véritables échevins, participant à la formation de jugement. Tout enthousiasme quant au rapprochement des procédures civiles en Europe serait donc pour le moins prématuré.

Les récentes critiques portées contre la juridiction consulaire ne vont d'ailleurs pas dans le sens d'un élargissement des compétences juridictionnelles à des tiers, même très expérimentés dans leur art ou leur technique.

Pour faire une fin, je citerai Paul Ricœur, cet ancien étudiant rennais devenu professeur de philosophie en Bretagne et en Alsace dans les années 30, doyen de la Faculté de Lettres de Nanterre en 1969 puis l'un des philosophes les plus respectés Outre-Atlantique pour avoir su intégrer la philosophie analytique anglo-américaine à son enseignement.

N'a-t-il pas soutenu – lors d'une conférence prononcée il y a dix ans –, que « le juste » serait situé en tension permanente entre « le légal » et « le bon », cet idéal platonicien ?

Dans les expertises, nous recherchons le réel, le factuel, c'est-à-dire notre vérité professionnelle, en laissant au juge la tâche, ô combien difficile, de trancher le droit.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Merci beaucoup. Lorsqu'on vous écoute, on a le vertige devant toutes ces procédures et on se demande si notre système français n'est pas finalement le plus raisonnable !

J'ouvre la discussion. Nous avons abordé beaucoup de sujets cette après-midi, le secret, la procédure pénale, les législations européennes.

M. Sobesky. – Je voudrais poser une question aux magistrats et en particulier à M. Buffet, à M. Aimot, Premier Président de la Cour d'appel, à Mme Trébucq, une question difficile concernant Monseigneur l'Évêque de Lisieux, le secret professionnel et le secret des affaires.

Je souhaiterais que soient affichées les cinq précautions qu'a citées notre ami Sylvain Chaumet, pour protéger les parties qui ont un secret professionnel à protéger. Je rappelle ces cinq précautions :

– *assurer à chaque justiciable qu'une décision sera rendue équitablement ;*

– *assurer la paix sociale et veiller au respect de la dignité humaine ;*

– *concilier le droit à l'intimité et au secret de chacun avec le droit à un procès équitable et le besoin de transparence de la société ;*

(12) La différence essentielle entre *Discovery* et quête documentaire tient à la nature très stricte des obligations du défendeur américain ; il doit, en effet, fournir ses renseignements sous serment quant à leur caractère sincère, complet et exact.

(13) Lord Richard Buxton, s'exprimant sur ce sujet le 3 décembre 1999 au Sénat, à l'occasion du colloque « Perspectives de rapprochement des procédures expertales en matière civile au sein de l'Union européenne », n'a pas hésité à déclarer que « l'article 6 est couramment considéré comme *The English Clause* », l'article anglais.

(14) Voir dans « Access to Justice », les paragraphes 58 et suivants du chapitre 13.

– *incident de procédure résultant du secret professionnel confié à une autorité indépendante ;*

– *recours au juge des libertés dans le cadre des perquisitions dans les cabinets d'avocats* (article 44 – loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence).

Est-ce que ces cinq précautions ont été prises dans le cas de Monseigneur de Lisieux ? A-t-il bénéficié des précautions qu'aurait prises un simple expert s'il avait eu à se prononcer dans ce cas.

M. le Président Buffet. – Je ne suis pas certain que cette question entre bien dans le champ de notre colloque d'aujourd'hui. L'autorité religieuse dont vous parlez a été condamnée pénalement. Je ne connais pas bien le dossier. Le secret professionnel, à supposer qu'il ait existé en l'espèce, n'est pas absolu. Dans certains cas au contraire des textes imposent une dénonciation (le texte du code pénal). Par ailleurs le secret professionnel cède devant d'autres impératifs, tels que la protection des droits de la défense, éventuellement l'exécution de décisions de justice. Mais votre question n'a pas de rapport direct avec notre colloque.

M. Dana. – J'ajouterai, mon cher confrère, que notre sujet aujourd'hui n'est pas le secret professionnel dont relève ce cas que vous avez cité mais le principe de la contradiction. Le secret professionnel n'a été abordé que dans le cadre du principe de la contradiction. Donc c'est un autre débat qui, je crois, ne peut pas entrer dans le cadre de cette enceinte et dans le cadre du thème évoqué aujourd'hui. Il y aura certainement beaucoup d'autres questions plus adaptées au sujet. Merci.

M. Pinchon. – Je voudrais intervenir à nouveau sur l'intervention que j'ai trouvée tout à fait excellente en particulier de M. le Président Dana, à propos du pénal et de son évolution. Il est difficile d'apporter un complément à ce qu'il a dit, tant il a été parfaitement complet. Mais je voulais apporter un témoignage qu'un certain nombre d'entre nous vivons aujourd'hui sur l'incohérence de l'expertise civile en même temps que l'expertise pénale ; ce qui fait que nécessairement l'expertise pénale sera obligée d'évoluer vers le respect du contradictoire.

Prenons l'exemple d'une expertise pénale ; comme l'a expliqué le Président Dana, ces opérations expertales ne sont pas contradictoires puisque ces expertises sont au pénal. Les experts déposent leur rapport auprès du juge d'instruction et, comme cela a été dit, le seul élément du dossier pénal qui ne soit pas soumis au secret est le rapport de l'expert judiciaire au pénal qui doit être donné aux avocats des parties qui sont mises en examen.

Parallèlement à cela, l'expertise civile se déroule avec des experts qui font leurs opérations. Mais il se trouve que dans les parties assistant à l'expertise se trouvent des techniciens qui sont représentants de parties qui sont mises en examen. On se trouve devant une situation assez étonnante : les experts judiciaires au civil n'ont pas connaissance du rapport des experts au pénal et les techniciens qui travaillent avec les parties qui sont mises en examen ont connaissance du rapport au pénal. On se trouve donc dans la position d'une expertise contradictoire qui ne l'est pas puisque les experts au civil n'ont pas les éléments que certaines des parties ont.

Ceci ne va pas pouvoir durer longtemps ; il y a un moment où il faudra changer et je voulais vous dire que cette anomalie qui peut être très gênante dans un certain nombre de sujets nous a incités, nous experts agréés par la Cour de cassation, à faire un colloque sur le sujet dans quelques mois. En effet nous pensons pouvoir apporter un élément positif qui devrait permettre de faire évoluer les expertises pénales, de façon à ce que les experts au pénal puissent travailler en même temps que les experts au civil.

J'ajouterai ceci pour terminer : les experts au pénal sont souvent isolés, alors que les experts au civil qui sont entourés des techniciens des autres parties, ce qui peut parfois permettre de trouver des solutions ou des indices très complémentaires de ceux que les experts découvrent au pénal. Ce serait certainement, pour la manifestation de la vérité, un pas important dans l'évolution de la justice et dans le respect du contradictoire.

M. le Président Buffet. – Nous vous remercions d'avoir signalé cette difficulté et du concours que vous voulez apporter bientôt à son règlement.

M. Bouchon. – L'exposé de M. Faury, que j'ai peut-être mal suivi, me fait réagir. Il y a évoqué la manière de sortir de ce piège que constitue la contradiction entre le secret des affaires et le principe de la contradiction, en indiquant qu'éventuellement on pouvait obtenir des parties qu'elles renoncent au contradictoire. Je ne sais pas si une telle renonciation est possible, le principe me semble d'ordre public et à ce moment là je crois qu'il faudrait sans doute procéder d'une autre manière.

M. Dana. – Cher ami, je pense personnellement, cela n'engage que moi, que si le défendeur renonce au contradictoire, rien ne s'y oppose à mon sens, ce n'est pas un principe comparable au secret professionnel pour lequel un détenteur de secrets ne peut pas renoncer au secret professionnel car cela touche des intérêts étrangers. Mais si c'est un défendeur qui renonce au principe du contradictoire, rien ne peut s'y opposer s'il n'y a pas eu de pression illégitime ou d'arguments qui ne soient pas correctement utilisés. S'il a voulu simplement renoncer pour ne pas interrompre l'expertise, personnellement je ne vois pas d'inconvénient à cette renonciation.

M. Aimot. – En complément à ce que vient de dire le Président Dana, j'ajouterai ceci : si j'ai bien suivi moi aussi l'intervention de M. Faury, ce n'est pas à proprement parler une renonciation au sens où on peut l'entendre, absolue au principe de la contradiction, ce serait une renonciation à ce que des éléments qui sont couverts par une forme de secret soient portés à la connaissance du seul expert judiciaire qui en tire les éléments pour asseoir sa propre conviction sur le dossier qui lui est soumis. Ces éléments sont bien évidemment dans le débat et débattus contradictoirement avec la contradiction qui sera apportée par chacune des parties.

Ceci veut dire que le principe essentiel du respect de la contra-

diction est assuré à un moment distinct. Il n'est pas assuré dans les conditions habituelles qui sont celles de l'apport d'une pièce ou d'un élément discuté par les parties en présence de l'expert ou pris en compte par l'expert et discuté par les parties.

Dans les mêmes conditions et de façon un peu analogique, vous savez très bien qu'en matière d'expertise médicale on apporte, si une partie le souhaite et l'accepte, des éléments de son dossier médical qui ne vont pas être débattus de façon contradictoire au sens où nous l'avons entendu de façon large au cours de cette journée, mais qui, intégrés dans le rapport d'expertise, vont faire l'objet d'un débat contradictoire.

Voilà où on peut apporter une précision qui n'entache pas et qui n'atteint pas le principe de la contradiction dans l'expertise. C'est mon sentiment.

M. Devillebichot. – Sur cette renonciation que les parties peuvent consentir au principe de la contradiction, je crois que l'avis d'André Dana peut être contesté. Je pense qu'une bonne partie de la doctrine estime que le principe du contradictoire est une obligation tellement supérieure que l'on ne peut pas y renoncer ou, si on y a renoncé, que l'on puisse revenir ultérieurement sur cette renonciation. Sur ce point il serait intéressant de demander l'avis de la doctrine et ce qu'en pense le Professeur Cadiet.

M. Dana. – Je rejoins ce que disait M. le Premier Président, quand je parlais du principe de la contradiction, je sous-entendais qu'il ne s'agissait pas de renoncer au principe, mais d'accepter que certaines pièces puissent n'être communiquées qu'à l'expert. Celui-ci ne retiendrait que certaines de ces pièces qui seraient alors communiquées contradictoirement avant la rédaction de son rapport.

M. Cadiet. – Il faut faire attention aux mots que l'on emploie et les précisions que viennent d'apporter le Président Dana et le Premier Président Aimot sont tout à fait importantes. Ce n'est pas une renonciation au principe de la contradiction qui en tant que telle serait strictement impossible. On ne peut pas déroger en tant que tel au principe de la contradiction. Je l'ai dit ce matin, il y a deux raisons à cela. La première est que le principe de la contradiction n'est pas seulement un instrument de protection des parties ; là on pourrait y renoncer, on peut toujours renoncer au bénéfice d'un ordre public de protection. Ce n'est pas seulement cela. Cela a aussi une fonction dans la manifestation de la vérité et c'est une chose à laquelle les parties ne peuvent pas renoncer.

Ajoutons à cet argument de fond un argument de texte. Ceux qui pratiquent l'arbitrage savent que, selon l'article 1460 du nouveau code de procédure civile, les parties ont la liberté d'organiser conventionnellement la procédure d'arbitrage, mais lorsqu'elles organisent conventionnellement une procédure d'arbitrage, elles ne peuvent pas renoncer à un certain nombre de principes directeurs du procès, parmi lesquels précisément figure l'article 16 du nouveau code de procédure civile. Donc, ce n'est pas au principe de la contradiction que l'on renonce.

En revanche, on accepte que la totalité des informations ne soit pas portée à connaissance, qu'une sélection soit faite par l'expert ou par le juge, qui ne tiendra compte que de ce qui est strictement nécessaire à la solution du litige.

Puisque vous m'avez gentiment donné la parole je la garde trente secondes pour revenir sur la question de la matière pénale et sans doute pour aller dans le sens de M. Pinchon.

Il est vrai que nous sommes aujourd'hui dans une situation qui n'est pas tenable sur le long terme. La procédure devient schizophrène en distinguant trop le respect de la contradiction pendant la phase du débat et son occultation, qui perdure, pendant la phase de l'instruction préparatoire. Cela ne peut pas durer pour les raisons que vous avez indiquées, les hypothèses d'articulation, d'imbrication des procédures civiles et des procédures pénales. Cela ne peut pas durer car l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme est toujours là et que, pour la Cour européenne, le principe de la contradiction est un élément du droit au procès équitable. Cela ne peut pas durer enfin car la loi du 15 juin 2000, qui a renforcé la présomption d'innocence et les droits des victimes, a introduit une bombe à retardement en tête du code de procédure pénale ; elle a introduit le principe de la contradiction parmi les principes directeurs du procès pénal.

Cet article préliminaire dispose, je le rappelle : *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.* Cet article ne distingue pas, selon que l'on est dans la phase de l'instruction préparatoire ou selon que l'on est dans la phase des débats. Comment penser que cet article va rester lettre morte quand on connaît l'imagination des avocats français ? Il va de soi que l'on est là en présence d'un réservoir normatif et que l'on va se servir de ce réservoir normatif pour bousculer la conduite des opérations d'expertise pendant la phase d'instruction préparatoire en matière pénale.

M. le Président Buffet. – Monsieur le Professeur, j'ai entendu dire tout de même (je ne suis pas pénaliste) que tous ces vices de l'expertise pourraient être purgés par l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction devant le tribunal qui purge tous les vices de l'instruction. Est-ce que vous pensez que cette règle qui figure dans le code de procédure pénale pourrait purger les vices relatifs à la contradiction ?

M. Cadiet. – Moi non plus je ne suis pas pénaliste, cela risque donc d'être un dialogue de sourds ! Mais comme civiliste, spécialiste de procédure civile, je répondrai non, je n'en suis pas sûr. Précisément la portée de ces principes directeurs du procès est supérieure aux dispositions purement techniques du reste du code de procédure pénale. On est là en présence de dispositions qui ont une valeur normative supérieure. Et cela finira par craquer !

M. le Président Buffet. – Lisons avec attention les bulletins de la Chambre criminelle !

(Applaudissements)

Georges Sagnol – Président de la Fédération nationale des Compagnies d'experts judiciaires. – Je poursuis le débat soulevé par l'intervention de Monsieur Didier Faury sur le secret des affaires. Je ne pose pas de question mais souhaite évoquer une pratique qui n'a pas été citée mais qui est très souvent uti-

lisée dans un domaine particulier touchant au secret des affaires, qui est celui de la concurrence déloyale ou de toutes les pratiques commerciales déloyales.

J'ai une assez longue pratique de ce domaine. La solution souvent utilisée consiste pour l'expert judiciaire à effectuer certaines vérifications techniques dans la comptabilité non pas en présence des parties, mais en présence de professionnels mandatés par chaque partie, eux-mêmes liés par le secret professionnel et par exemple des experts-comptables ; chaque partie désigne un expert-comptable qui va suivre certaines opérations techniques pour son compte.

Ce procédé a été entériné par plusieurs juridictions dans ce domaine. Certes, il ne règle pas le problème du contradictoire, mais il rétablit la paix sociale. Pourquoi ? On constate que dans ce type de procédures (pratiques commerciales déloyales), en simplifiant énormément, il y a deux catégories de plaignants.

Il y a les plaignants qui font une procédure, non pas parce qu'ils subissent ou créent des pratiques déloyales et veulent être indemnisés, mais parce qu'ils cherchent, par un moyen ou par un autre, à obtenir des informations chez leurs concurrents. Cela devient de plus en plus fréquent. Il y a environ 80 % des procédures en ce domaine qui ont cet objectif. Là effectivement, je rejoins ce qu'a dit notre collègue D. Faury, il faudra bien que les parties disent pourquoi elles font un procès. Si elles veulent simplement avoir des informations chez le concurrent, il n'y a pas de solution satisfaisante.

Il y a d'autre part les plaignants qui subissent véritablement un préjudice et font une action pour que cessent les pratiques déloyales et obtenir une indemnisation de leur préjudice. Or quel est leur souci ? Ce n'est pas de connaître les pièces mais d'être sûrs que l'expert judiciaire va bien rechercher ce qu'il faut, le fera correctement et complètement. Dès l'instant où ils délèguent auprès de l'expert judiciaire un professionnel qui a leur confiance et qui est lui-même lié par le secret professionnel, les opérations vont se dérouler de manière plus sereine. Par contre, l'expert judiciaire a l'obligation de faire un compte rendu aux parties sur la nature et l'ampleur de son travail ainsi que sur les résultats obtenus. On respecte ainsi le contradictoire, on occulte les noms des clients pour ne faire apparaître que les pratiques commerciales. Ce compte rendu sera vérifié par le professionnel mandaté. Ainsi aucune note ou document ne sera transféré chez le concurrent.

M. Dana. – Je pense que la procédure que vous envisagez peut être valable dans certains types d'expertises, notamment, peut-être les concurrences déloyales. Dans la majorité des cas il est difficile de demander, à une seule des parties d'ailleurs, de déléguer un expert-comptable pour avoir connaissance de documents en même temps que l'expert judiciaire (l'autre partie, par définition, en a connaissance, c'est elle qui détient les éléments litigieux), alors cet « expert bis », si j'ose dire, prendra connaissance de certains documents mais ne pourra pas réagir comme l'auraient fait ses clients dans certains domaines.

Ayant été désigné pour jouer ce rôle d'expert bis, je me suis aperçu avec l'expert commis, après deux séances de consultation de documents, que cela ne servait à rien car je prenais connaissance de documents, dont seules les personnes qui m'avaient désigné auraient pu apprécier réellement le bien-fondé des opérations menées pour réparer le préjudice allégué. De plus je servais d'alibi à un pseudo-respect du principe de la contradiction, ne pouvant pas moi-même dire ce que j'avais constaté. J'ai donc préféré annuler ma prestation en me retirant et en laissant subsister un non-respect du contradictoire.

Le tribunal a d'ailleurs pour finir déclaré que cette construction ne tenait pas la route, car c'était mettre deux experts qui ne pouvaient pas communiquer les renseignements à l'une des parties, alors qu'avant mon intervention il y avait un expert qui ne pouvait pas communiquer les renseignements à cette partie. La désignation par la partie qui n'était pas autorisée à prendre connaissance de certaines informations d'un expert, muet du fait de la clause de confidentialité souscrite, ne résout absolument pas le problème de l'absence de contradictoire.

Il ne me semble pas que ce problème puisse être résolu dans ce sens.

M. Sagnol. – J'ai bien dit en préambule de mon propos que cela ne réglait pas complètement la question mais était susceptible de créer un apaisement social entre les parties dans certains cas, notamment dans le domaine de pratiques commerciales déloyales où il s'agit souvent d'analyser les clients et les pratiques commerciales. Cette solution est, je l'admets, beaucoup plus difficile à mettre en place dans d'autres domaines tel celui que vous évoquez qui est particulièrement complexe.

Mme Berne-Lamontagne. – Je voudrais apporter ma contribution à ce qu'ont dit Monsieur le Professeur Cadiet et mon confrère à l'instant en ce qui concerne les limites du principe de la contradiction.

Nous avons été nommés certains confrères – qui sont d'ailleurs dans cette salle – et moi-même dans un collège d'experts, dans une affaire importante et complexe, mettant en cause des protagonistes très médiatisés.

Dans cette affaire civile qui nous avait été confiée, par le Tribunal de Commerce, nous avons eu la possibilité, par application de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire, d'accéder aux pièces comptables contenues dans un dossier pénal.

Bien évidemment il n'était pas question de pouvoir communiquer l'intégralité des pièces et nous avons sélectionné et retenu celles qui nous paraissaient concerner la situation qui nous avait été confiée.

Nous avons alors fait l'objet de violentes critiques de la part des avocats de l'une des parties qui ont considéré que nous avions violé le principe de la contradiction en examinant ces pièces sans possibilité pour leur cliente d'avoir connaissance de l'ensemble des pièces, nous accusant ainsi d'avoir fait un choix sélectif, alors que d'autres pièces auraient pu être susceptibles d'aller dans un sens différent du nôtre, voire plus favorable à sa cause.

Ne trouvez-vous pas que c'est là une limite au principe de la communication contradictoire de documents, car nous avons,

mes confrères et moi, été confrontés à une situation très difficile qui s'est d'ailleurs poursuivie au-delà du dépôt de notre rapport ?

M. le Président Buffet. – Je n'ai pas de réponse à la question mais l'article 275 du code de procédure civile parle *« des pièces que l'expert estime nécessaires à sa mission »*.

S'il n'y a pas d'autres interventions, nous allons écouter M. Dana pour son rapport de synthèse.

M. Dana. – A l'issue de cette journée, je vais donc présenter un rapport dit de synthèse. Vous avez entendu les rapports présentés par M. Gaillard, M. Pierre, M. Chaumet, M. Faury et M. Eichel. A la lecture du nom des rapporteurs, vous pourriez estimer que le principe de la parité n'est pas respecté au sein de notre Compagnie. Je tiens tout de suite à vous tranquilliser, car notre Présidente siégeant à la tribune vient d'être remplacée à l'issue de son mandat par une autre Présidente, Mme Rolande Berne-Lamontagne. Vous pouvez ainsi constater que ce principe est bien respecté au sein de notre Compagnie.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Présenté par Monsieur André DANA

Rapporteur général

Monsieur le Président,

Mesdames, Messieurs,

Vous avez entendu les rapports présentés par Messieurs Gaillard, Pierre, Chaumet, Faury et Eichel.

Ces rapports aussi simples et évidents qu'ils puissent vous paraître sont le fruit de recherches, de travaux, de réunions, de critiques constructives avant d'aboutir à la version qui vous a été proposée.

Je remercie vivement les rapporteurs d'avoir, en plus de leur activité professionnelle, consacré un temps important et subi ma pression amicale mais, néanmoins, contraignante.

Je remercie également le Président Ducoroy qui a assisté à toutes nos réunions de travail, en nous faisant bénéficier de sa grande expérience, ainsi que le Président Thorin qui a participé avec sa minutie bien connue à la relecture des rapports. Enfin, j'exprime ma gratitude à notre Présidente Anne-Marie Lethuillier qui a suivi nos travaux et qui m'a fait part utilement de ses observations.

Enfin, je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur le Président Buffet et Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Rennes d'avoir, par leur participation très active, contribué à la réussite de notre manifestation.

Le principe de la contradiction, Monsieur André Gaillard vous l'a indiqué, a des origines lointaines puisque Rome en faisait déjà application.

Ce principe bien établi depuis les codes napoléoniens a évolué jusqu'à notre NCPC où il apparaît clairement (mais discrètement) dans les seuls articles 14 à 16 du NCPC. Il a été également cité par Monsieur André Gaillard l'article 6, alinéa 1 du Code de la Convention européenne des droits de l'homme qui vise le procès équitable. On retrouve également les notions d'« égalité des armes » et « d'équité » ainsi que le principe du contradictoire dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, arrêt Mantovanelli et arrêt Bönish.

Il convient de souligner que ce principe du contradictoire qui est la règle absolue à la Cour de Strasbourg, s'applique aussi bien à la procédure pénale que civile.

Il est incontestable qu'en matière d'expertise civile, objet de notre Journée d'Étude, le principe de la contradiction doit être intégralement respecté par le juge (art. 16 du NCPC) et par l'expert qui tient sa mission du juge, du fait d'une véritable « onction judiciaire », comme l'écrivait Monsieur le Haut Conseiller Olivier dans un article paru dans la Gazette du Palais du 1 & 4 novembre 2000.

L'expert doit travailler dans une transparence totale, que ce soit à l'occasion des convocations, des tenues des réunions d'expertise, de la communication des pièces par les parties et de la quête documentaire qu'il peut être amené à effectuer et ce principe doit également être respecté à l'occasion de l'exposé par l'expert de la synthèse de ses constatations préalablement au dépôt de son rapport.

Mon ami le Président Gaillard vous a exposé le déroulement idéal d'une expertise respectant le principe de la contradiction.

Cependant nous savons tous que de nombreuses difficultés rendent souvent beaucoup plus complexe l'exécution des expertises.

Les premières difficultés peuvent être la conséquence du contenu même de la mission qui est certainement plus précis lorsque le juge qui la définit est saisi au fond et qu'il désigne un expert, après avoir pris connaissance du dossier.

En effet, le juge saisi en référé ou sur requête dispose d'une information beaucoup plus succincte du fond du litige et les termes de la mission qu'il ordonne dépendent souvent de formulations établies par les avocats qui demandent cette mesure d'instruction.

Je citerai, à titre d'exemple, un cas caricatural que j'ai vécu, cas heureusement peu courant, dans lequel il était donné pour mission au collège d'experts dont je faisais partie de *« relever tous faits apparemment contraires aux lois et règlements en vigueur en France pouvant éventuellement entraîner la responsabilité de tous intervenants dans la gestion et l'exploitation des établissements visés »*.

Certes, cette première difficulté que peut rencontrer l'expert résulte d'une décision à laquelle il n'a pas participé, qui se situe en amont (du commencement) de l'expertise. Elle peut avoir cependant des incidences sur le déroulement de l'expertise et c'est pour cela que je l'ai évoquée.

Il serait souhaitable d'ailleurs que la décision désignant l'expert vise systématiquement l'article 266 du NCPC qui prévoit la possibilité, à une date fixée, d'une réunion contradictoire de l'expert et des parties devant le juge afin de préciser la mission et s'il y a lieu le calendrier des opérations.

Dans les difficultés inventoriées ce matin par Monsieur Bruno

Pierre, ont été mentionnés les problèmes posés par le défaut de communication des pièces. Notre confrère a souligné, à juste titre, que cette difficulté doit être signalée au juge du contrôle, conformément aux termes de l'article 275 du NCPC. Il peut être opportun de rappeler aux parties le texte assez vigoureux du dernier alinéa de cet article ajouté par le décret du 28 décembre 1998, à savoir : *« La juridiction de jugement peut tirer toute conséquence de droit, du défaut de communication des documents à l'Expert. »*

En ce qui concerne le recours à des personnes informées (articles 242, 243 du NCPC), j'ai relevé que l'arrêt rendu le 30 novembre 1988 par la deuxième Chambre civile cité par Monsieur Bruno Pierre avait été critiqué par Messieurs Guinchard et Moussa du fait qu'il y est mentionné *« ... alors que les informations ainsi recueillies qui avaient servi à l'élaboration du rapport,* ***auraient dû au moins être annexées à celui-ci*** *».*

Messieurs Guinchard et Moussa ont alors estimé (1), qu'il pouvait être induit de cette dernière phrase que la Cour Suprême considérerait le contradictoire respecté par cette seule annexion des informations au rapport, alors même que ces informations n'avaient pas été préalablement portées à la connaissance des parties.

Il apparaît que, depuis cet arrêt, la jurisprudence a insisté sur l'obligation pour l'expert de porter à la connaissance des parties tous documents ou informations recueillies préalablement au dépôt de son rapport afin qu'il puisse en être débattu devant l'expert et non pas seulement devant le tribunal hors la présence de l'expert.

La même observation doit être retenue dans le cas du recours par l'expert à un technicien visé par l'article 278. Notre confrère Monsieur Bruno Pierre cite un arrêt de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation du 16 décembre 1985. Il existe de nombreux arrêts rendus en ce sens et je pense que cette jurisprudence est désormais constante.

On retrouve la même tendance bien que plus nuancée en ce qui concerne la réunion de synthèse permettant aux parties de faire part à l'expert de leurs observations avant le dépôt de leur rapport.

Par ailleurs en ce qui concerne les réunions d'expertise d'une manière générale, je partage tout à fait la remarque effectuée par André Gaillard relative à l'envoi aux parties des comptes rendus. Il indique à ce sujet que cette pratique parfois nécessaire n'est nullement rendue obligatoire comme l'estiment certains experts qui interprètent d'une manière extensive l'article 273 du NCPC.

Toutes les difficultés évoquées par Monsieur Pierre dont certaines entravent sensiblement le déroulement de la mission de l'expert peuvent souvent être résolues par l'expert lui-même ou, en application des articles 275 et 279, par un recours au juge qui peut notamment décider le dépôt en l'état du rapport.

Il existe cependant un autre obstacle à l'application du principe de la contradiction d'ailleurs signalé par Bruno Pierre, obstacle de nature différente puisqu'il consiste à invoquer le « secret » pour justifier la non-production des documents demandés par l'expert.

Or cette notion de secret (secret professionnel ou secret des affaires) est en totale opposition avec celle du contradictoire.

Le principe de la contradiction, nous l'avons vu, nécessite une transparence totale des opérations d'expertise et le respect de l'équité des procédures, c'est-à-dire notamment de l'égalité des parties devant le juge donc, par extension, devant l'expert.

Le secret, pour des motifs qui peuvent être tout à fait honorables et justifiés, implique au contraire la non-communication de certains documents à l'expertise ou encore une communication par une des parties limitée au seul expert judiciaire sans que le contradicteur puisse en prendre connaissance.

Nos confrères Chaumet et Faury ont excellemment montré les différences existant entre le secret professionnel (codifié, réglementé et dont le non-respect est légalement sanctionné) et le secret des affaires dont la définition est imprécise et floue. Monsieur Faury signale même que l'on a pu dire de ce type de secret qu'il relevait d'une « nébuleuse » difficile à cerner. De plus ce secret est souvent autoproclamé par une des parties sans que l'expert puisse se prononcer sur le bien fondé des raisons invoquées.

Sylvain Chaumet a mentionné la position de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation concernant le secret professionnel des commissaires aux comptes (2). Dans les deux cas cités et dans la mesure où la procédure était relative à la mise en cause de leur propre responsabilité, la Haute Cour a considéré qu'ils ne pouvaient se refuser à communiquer leur dossier.

J'ai relevé un arrêt antérieur de cette même Chambre (3) concernant une banque, dont la responsabilité était mise en cause, qui soulevait le secret bancaire dû à son client pour refuser la communication des documents le concernant.

L'arrêt a écarté cette argumentation en soulignant que la demande de communication était adressée à la banque, non pas en sa qualité de **tiers confident**, mais de partie au procès.

En réalité, qu'il s'agisse de secret professionnel ou de secret des affaires le fait de soulever le secret entraîne les mêmes conséquences, à savoir : paralysie momentanée de l'expertise, effort de l'expert pour aplanir cet incident ou recours au juge (article 279).

Les deux rapporteurs confrontés à ces difficultés ont fait allusion à la création d'un « Juge du secret » qui pourrait « mutatis mutandis » à l'instar du « Juge des libertés » apprécier le bien fondé de cette exception au principe du contradictoire que constitue le recours au secret.

S'il apparaissait, selon ce juge, que ce recours était justifié, il faudrait alors que l'expert sous le contrôle du juge du contrôle ou de la mise en état, essaie de trouver une solution de compromis tendant à concilier les deux notions également respectables que sont le principe de la contradiction et celui du secret qu'il soit professionnel ou des affaires.

Si en revanche la notion de secret n'était pas retenue, la partie concernée devrait produire les pièces à l'expertise.

A l'occasion d'un colloque relatif au Secret qui avait été organisé le 6 juin 2000 par l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation, j'étais intervenu avec deux confrères Messieurs Courmes et Gutierres-Requenne dans une table ronde que nous partagions avec Monsieur le Bâtonnier Vatier et qui était présidée par Monsieur le Président Bezard.

Cette délicate question du secret avait donné lieu à un important débat au cours duquel Madame Claude Nocquet, Premier Vice-Président au TGI de Paris, souhaitait justement la naissance d'un « juge du secret » qui pourrait être le juge des libertés, ou de la détention.

Cette même proposition a été évoquée par M. Chaumet qui se référait au juge créé par l'article 44 de la loi du 15 juin 2000.

Cette idée est intéressante et mérite que le législateur ne fasse

(1) Gazette du Palais des 17 et 18 janvier 1990.

(2) Deux arrêts rendus le 14 novembre 1995, bulletin Cour de cassation IV n° 262 et n° 263. Bulletin CNCC n° 100, page 511 – Note M. Merle.

(3) Arrêt du 19 juin 1990, Chambre com. de la Cour de cassation – Bulletin IV n° 179.

pas l'économie d'un nouveau juge dont la fonction sera rapidement incontournable.

Toujours à ce sujet, Edmond Eichel nous a exposé qu'aux États-Unis, la Discovery constituait le principe de base, comparable à une égalité des armes ou à un contradictoire pur et dur.

Il a indiqué que les parties pouvaient toutefois demander pour protéger un brevet ou un procédé à bénéficier d'une mesure de tempérament : le « protective-order ».

Il serait souhaitable qu'en France également, le principe du contradictoire constitue la règle générale, l'exception ne devant pouvoir être soulevée qu'avec l'accord du juge ad hoc.

Si l'application du principe de la contradiction est indispensable, il doit être invoqué et appliqué dans le but de permettre la réalisation d'une expertise équitable respectant l'égalité des armes, le tout dans un délai raisonnable.

Or, certaines parties utilisent parfois ce principe pour freiner voire compromettre la réalisation de l'expertise. Ce sera le cas par exemple de la partie qui exige la communication intégrale d'une copie des pièces communiquées à l'expert, alors que celles-ci représentent plusieurs mètres cubes et qu'elles sont tenues à la disposition de l'ensemble des parties.

Cet abus de contradictoire pouvant être comparé à l'abus de droit résumé par la formule latine « Summum Jus, Summa Injuria » aboutit à un effet inverse décrit par Monsieur le Président Bezard en clôture du colloque sur le secret dont j'ai parlé tout à l'heure.

Il déclarait en effet : *« Les parties participent fondamentalement à ce procès, elles collaborent, apportent des preuves, doivent nécessairement produire les documents pour qu'on puisse faire des observations, discuter et pour que le juge soit pleinement informé. Voilà le contradictoire.*

Mais elles doivent être loyales aussi, parce qu'elles ne doivent pas évoquer des règles essentielles comme le contradictoire ou le secret des affaires pour entraver la procédure. »

Malheureusement nous savons bien qu'il s'agit là d'un problème réel.

En définitive, les travaux des rapporteurs et les échanges de vues qui les ont suivis permettent de dégager les quelques notions principales que je vais résumer.

• Le principe de la contradiction prévu par l'article 16 du NCPC est essentiel en matière civile. Il est encore renforcé par l'article 6.1 de la CFDH et par la Jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les experts doivent impérativement le respecter à tous les stades de l'expertise.

• Les nombreuses difficultés pouvant surgir en cours d'expertise devront, dans la mesure du possible être résolues par l'expert qui devra cependant veiller à ne faire état que des informations légitimement recueillies (article 244 du NCPC).

• Si les difficultés subsistent, l'expert devra (à ce jour) en référer au juge du contrôle ou au juge chargé de la mise en état.

• Enfin, il serait souhaitable de faire du principe de la contradiction la règle absolue s'imposant à tous. Les parties refusant de communiquer des documents pour des motifs pouvant être légitimes, devraient alors demander à un juge ad hoc, juge du secret, l'autorisation à titre exceptionnel de limiter les échanges de pièces en prévoyant par exemple une communication des documents sensibles au seul expert sous le contrôle du juge.

Monsieur le Professeur Cadiet a fait en ce sens allusion ce matin à des dispositions expresses nécessaires pour écarter le principe de la contradiction.

Cette mesure, par un renversement de la charge de la preuve, permettrait d'éviter les nombreuses paralysies d'expertise du fait de seules décisions unilatérales d'une partie refusant de transmettre des documents déclarés confidentiels.

Je sais que le principe de la contradiction est un sujet inépuisable mais il convient quand même de mettre une fin à mon long rapport dit de synthèse.

Je laisse donc la parole à Monsieur le Président Buffet afin qu'il puisse tirer les conclusions de notre congrès et en prononcer la clôture.

(Applaudissements)

M. le Président Buffet. – Mon propos sera bref, M. Dana vous ayant bien exposé les conclusions. Je vais donc procéder à la clôture de ce très beau Congrès. Même les meilleures choses ont une fin. Il faut donc clôturer ce qui a été une incontestable réussite, ce qui est dû à vous Madame le Président, à M. le Président Dana, à tous les rapporteurs, à tous les intervenants, à M. Dy qui a été un parfait organisateur. Il est dû naturellement à M. le Premier Président de la Cour de Rennes à qui nous devons d'avoir fait cette rencontre dans des locaux absolument somptueux. Que tous soient remerciés.

Cette rencontre marquera, comme beaucoup d'autres auparavant, l'histoire de votre Compagnie. Le thème de cette journée était d'importance. A l'heure du progrès exponentiel des techniques et des sciences la justice aura de plus en plus besoin du concours des techniciens et des experts, ainsi que du binôme que constituent le juge et l'expert. Il y a beaucoup de binômes dans la justice, le juge et l'expert, le juge et l'avocat, l'avocat et l'expert, mais aujourd'hui nous avons surtout parlé du binôme juge et expert qui va avoir encore de beaux jours devant lui.

Dans le même temps, l'Europe se construit, l'espace judiciaire européen est en route, c'est pourquoi je crois que le juge et l'expert doivent avoir un regard grand ouvert à la fois sur l'homme que la science, on le sait bien, peut facilement oppresser, et sur l'Europe qui ne peut véritablement se constituer que sur la base d'une éthique et de valeurs communes.

Une exacte compréhension du principe de la contradiction entre naturellement et fortement dans la réalisation de ces objectifs. Ce Congrès nous y a aidés. J'ai été frappé comme M. le professeur Cadiet par ce que M. Gaillard a dit au début de cette journée : la contradiction dépasse nettement le cadre strictement professionnel. Elle doit guider le comportement général de la vie car elle est avant tout un état d'esprit, une ouverture aux arguments de l'autre, une disponibilité. Je résume en disant tout simplement qu'elle est le respect. Or l'absence de respect, on le sait spécialement aujourd'hui, peut conduire aux pires dérives.

J'ai lu dans un ouvrage récent sur l'expertise que, selon la Fédération nationale des Compagnies d'experts, un « bon expert » doit avoir parmi ses qualités morales, s'ajoutant naturellement à ses compétences techniques, l'honnêteté, l'indépendance, l'objectivité, l'impartialité, la sûreté de jugement, la perspicacité, l'esprit de synthèse, le tact, la patience et le bon sens. Cette énumération, d'ailleurs non limitative, va bien au-delà, et c'est heureux, des exigences de conscience, d'objectivité, d'impartialité requises par l'article 237 du nouveau code de procédure civile. Ajoutons donc aujourd'hui la contradiction.

Je suis content d'avoir réfléchi aujourd'hui avec des personnes qui réunissent autant de vertus et qui, grâce à ces travaux, seront encore plus que par le passé les acteurs d'une bonne justice. Je suis également content d'avoir pendant quelques heures présidé aux destinées de votre Compagnie, en m'intercalant entre deux Présidentes, l'une qui s'en va et qui sera très regrettée, l'autre qui arrive, à qui nous souhaitons un plein succès et qui dans deux ans sera également elle aussi très regrettée !

Le 40e Congrès des experts-comptables judiciaires est clos.

(Applaudissements)

Mme Lethuillier-Florentin. – En mon nom, au nom de tous mes confrères et de tous les invités, j'associe mes remerciements à ceux qui viennent d'être prononcés, aux divers rapporteurs, à notre confrère Bernard Mainguy pour la projection et tout particulièrement à vous, Monsieur le Président, qui avez conduit nos travaux et apporté à ce Congrès l'éclat de votre compétence, de votre culture et de votre riche expérience.

Nos remerciements vont également à M. le Premier Président Aimot qui nous a donné la possibilité de tenir nos travaux dans cette superbe salle et je lui laisse la parole, car il propose maintenant de vous offrir la visite de son somptueux Parlement de Bretagne.

M. Aimot. – Merci, Madame le Président. Comme je vous le disais ce matin, à partir de maintenant les salles décorées accessibles vont vous être ouvertes. Vous allez donc pouvoir y circuler. Je regrette de ne pas pouvoir, compte tenu de votre nombre, assurer un commentaire dans chacune d'elles. Je me contenterai de vous dire qu'à partir de cette salle d'assises, lorsque vous sortirez, immédiatement après vous trouverez l'ancien bureau du Premier Président qui a été initialement le délibéré de la salle de la Tournelle. C'est une salle dont une partie du décor est du XVIIe siècle mais dont la majorité a été restaurée, refaite sous Louis Philippe, peu avant 1840 et dont les peintures sont de Nicolas Gosse. C'est la seule salle dans laquelle il n'y a pas de fleurs de lys en dehors des décors du XVIIe, ceci pour une raison me semble-t-il simple, le symbole de la fleur de lys sous Philippe d'Orléans avait évidemment un caractère politique marqué qui pouvait ne pas agréer au Roi de l'époque. Vous constaterez que l'on y retrouve l'hermine et des étoiles alors que dans toutes les autres salles vous trouvez une alternance de fleurs de lys et d'hermine symbolisant l'union de la Bretagne et de la France et caractéristique de ce bâtiment.

La deuxième pièce que vous trouverez dans l'aile nord est la salle dite des enquêtes qui est décorée par Louis-Ferdinand Elle dont la décoration a été achevée au tout début du XVIIIe, à la fin du règne de Louis XIV et qui comporte un tableau du XIXe siècle de La Chalotais, procureur général bien connu, héraut de la résistance du Parlement de Bretagne à l'enregistrement de décrets royaux.

La troisième salle dans l'angle nord-est est celle du délibéré de la Grand-Chambre qui a été décorée par Louis Jouvenet, au début de la seconde moitié du XVIIe siècle. Elle comporte également des monogrammes de Marie-Thérèse d'Espagne ou d'Autriche (je disais Marie-Thérèse d'Autriche ce matin car c'est la Maison Habsbourg qui était représentée par elle lors de son mariage sur la Bidassoa). Vous trouverez également le soleil de Louis XIV dans ces deux salles, la salle des enquêtes et celle de la salle Jouvenet.

Dans la salle Jouvenet les tapisseries ne sont pas encore reposées ; certaines d'entre elles le seront, notamment au-dessus de la cheminée, d'autres très probablement feront l'objet d'un traitement comme dans la salle des assises puisqu'une partie a brûlé, non pas dans l'incendie du Parlement mais dans l'incendie de l'atelier de restauration de la banlieue parisienne !

Enfin la dernière salle a été décorée par Jobbé-Duval, artiste breton dans la deuxième moitié du XIXe (années 1864-1865), sous Napoléon III, avec un style XIXe très marqué. Je vous invite notamment, indépendamment du tableau central, à regarder pratiquement au-dessus de la porte la peinture représentant la Force : il s'agit d'une très robuste matrone à laquelle il ne ferait manifestement pas bon se frotter quand vous voyez l'épaisseur des mollets, la taille du pied et la massue qu'elle a à ses côtés ! Là nous avons cinq tapisseries qui devraient être reposées dans les jours qui viennent et qui étaient dues à Mme Jobbé-Duval elle-même.

Dernier élément, la Grand-Chambre, en cours de restauration, sera achevée selon toutes probabilités à l'été 2002. La Cour d'appel aura donc la chance de pouvoir faire sa rentrée 2003 dans la Grand-Chambre à nouveau et nous devrions pouvoir commencer les travaux de restauration de la salle des procureurs, la grande salle des pas perdus, très probablement en début d'année prochaine, avec environ dix-huit mois de travaux, ce qui devrait permettre en 2003 d'avoir un achèvement complet de la restauration de ce bâtiment.

Je vous souhaite une excellente visite et une bonne fin de séjour à Rennes.

(Applaudissements)

(La séance est levée à 17 h 30)

Achevé d'imprimer par Corlet, Imprimeur, S.A. - 14110 Condé-sur-Noireau (France)
N° d'Imprimeur : 57179 - Dépôt légal : avril 2002 - Imprimé en U.E.