

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

**Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA**

COLLOQUE

Sur le thème

**ETABLIR LE COMPTE
ENTRE LES PARTIES
SANS DIRE LE DROIT**



Aix-en-Provence - le 06 décembre 2011

CHAMBRE DE LA SECTION AIX-EN PROVENCE-BASTIA

Présidents d'honneur :

KALPAC Jacques
ENGELHARD Marc
CAZALET Roger-Louis
NAZARIAN Jacques
CONTE Michel
COMBE Pierre-Henri
CHARNY Alain
VIANO Constant

Président :

DAUPHIN Jean Marc

Vice Président :

AVIER Jean

Secrétaire :

RUINET Jacques

Trésorier :

BOTTACCIOLI Charles

Membres du bureau :

BOLLANI-BILLET Carole
BOREL Thierry
CHARNY Alain
DEWEERDT Philippe
HERLEMONT Christian
KALPAC Jacques
LASCH Gérard
LORENZONI Joseph
MOUREN René
NAZARIAN Jacques
REA Armand
TALON François
VIANO Constant



TABLE DES MATIERES

Sous la Présidence de
Madame Nicole GIRONA
Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts

Allocution de Monsieur Constant VIANO Président d'honneur de la Chambre Régionale Aix Bastia de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice	4
Allocution de Madame Nicole GIRONA Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts	6
Allocution de Monsieur Michel ASSE, Vice-président national de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice	8
Allocution de Monsieur Jean AVIER, Vice-président de la Chambre Régionale Aix Bastia de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice	9
Allocution de Monsieur Gérard BLANC Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)	11
Allocution de Maître Françoise ARNAUD Avocate au Barreau d'Aix-en-Provence	19
Allocution de Monsieur Charles BADI Conseiller honoraire à la Cour de cassation	29
Allocution de Madame Nicole GIRONA Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts	34
Allocution de Monsieur Constant VIANO Président d'honneur de la Chambre Régionale Aix Bastia de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice	37
Questions ouvertes	38



Allocution de

Monsieur Constant VIANO

*Président d'honneur de la Chambre Régionale Aix Bastia
de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice*

M. VIANO - Madame la Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts Nicole GIRONA, représentant la Première présidente de la Cour d'appel Madame Catherine HUSSON-TROCHAIN, Monsieur le Conseiller honoraire à la Cour de cassation Charles BADI, Madame la Présidente du Tribunal de commerce d'Aix en Provence, Marie-Dominique GAILLARD, accompagnée de Monsieur POLITANO Vice Président, Madame la Vice-présidente du Tribunal de grande instance de Nice, Sylvie HANOTEAUX, Monsieur le représentant de l'Ordre des experts comptables Christian HERLEMONT,

Monsieur le Vice-président de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes, Jean AVIER, Monsieur le Président de l'Union des compagnies d'experts près la Cour d'appel d'Aix en Provence Hubert ROUX, Madame Messieurs les avocats, Monsieur le Professeur, Mes chères consœurs, mes chers confrères,

Je suis très heureux de vous accueillir au nom de la Chambre régionale de la Compagnie Nationale des experts comptables de justice près les Cours d'appels d'Aix en Provence et de Bastia. Soyez remerciés pour votre présence à ce colloque dans le café « Les deux garçons

1792 », au sein de l'hôtel DE GANTES, un cadre exceptionnel au décor de l'époque consulaire, qui porte son nom en raison des deux garçons de café qui l'avaient acheté en 1840. Ce lieu conserve la mémoire de nombreuses personnalités des arts, des lettres et de la politique comme CEZANNE, qui y passait trois heures d'avant dîner avec son camarade de lycée Emile ZOLA, puis plus près de nous RAIMU, JOUVET, André MAUROIS, CHURCHILL, SARRE, PICASSO, PIAF, TRENET, DELON, COCTEAU, et BELMONDO.

C'est un honneur et un grand plaisir de vous recevoir, Madame GIRONA, et me permettre de vous adresser mes remerciements pour avoir accepté de présider notre colloque.

Je profite d'ailleurs de cette occasion qui m'est donnée pour vous apprendre que l'assemblée générale qui vient de se tenir a élu à l'unanimité Monsieur Jean-Marc DAUPHIN, expert comptable, commissaire aux comptes, expert de justice, de surcroît aixois et installé à Aix en Provence. Jean-Marc a été le trésorier durant mon mandat et je suis très heureux qu'il me succède.

Madame GIRONA, j'ai pris mes fonctions de Président fin 2008, je crois peu de temps après les vôtres. Durant ces trois années nos relations ont été excellentes. J'ai apprécié vos grandes qualités d'écoute, d'amabilité et de disponibilité que vous déployez auprès de tous les experts du ressort de la Cour d'appel d'Aix en Provence qui compte quelques 1500 experts.

Vous avez toujours répondu présente à nos manifestations et Hubert ROUX, Président de l'UCECAAP, s'associe avec moi pour vous exprimer toute notre gratitude.

La section des experts comptables de justice du ressort des Cours d'appel d'Aix et de Bastia, que j'ai eu l'honneur de

présider durant ces trois années écoulées, regroupe cinquante-deux experts répartis sur la région Provence Alpes Côte d'Azur Corse et les Alpes de Haute Provence. Elle est l'une des quatorze sections de la compagnie nationale qui comprend environ cinq cent cinquante membres. Créée en 1961, elle a fêté cette année son 50^{ème} anniversaire.

Le thème du colloque que nous avons choisi de traiter ce soir est « **Etablir le compte entre les parties sans dire le droit** ».

Madame, Monsieur le Juge, vous terminez souvent les missions par cette phrase qui est libellée comme suit « *faire le compte entre les parties* » ou également « *faire le compte des parties* ».

Ce point de mission n'est pas si anodin que ça, car à mon sens, il appartient au Juge de décider le compte entre les parties. L'expert, technicien du Juge, dans la rédaction de son avis, ne risque t'il pas d'outrepasser son rôle au sens de l'article 238 qui lui interdit de porter des appréciations d'ordre juridique ?

Je remercie Jean AVIER, notre Vice-président, à qui je vais passer la parole pour présenter le thème et les intervenants, lesquels se sont penchés sur la question pour vous apporter des réponses concrètes.

Je voudrais remercier tout particulièrement l'Ordre des experts comptables et la Compagnie régionale des commissaires aux comptes, pour leur aide dans l'organisation du colloque.

Je vous remercie de votre attention.

Je passe la parole, à Madame Nicole GIRONA, Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence, chargée des relations avec les experts de justice, représentant la Première présidente Madame Catherine HUSSON-TROCHAIN.

Allocution de

Madame Nicole GIRONA

Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts

MME GIRONA - Je vous remercie Monsieur le Président.

Effectivement, Madame la Première Présidente n'a pas pu se libérer aujourd'hui. Elle m'a demandé de la représenter à l'occasion de votre réunion.

Elle m'a chargée de vous faire part de l'intérêt qu'elle attache aux activités que vous animez dans le cadre de cette section régionale des experts comptables et notamment dans cette réunion qui suit généralement votre assemblée générale puisque c'est une réunion annuelle.

Qu'il me soit permis, à cette occasion, de vous remercier, Monsieur VIANO – nous échangeons des remerciements, mais effectivement, pendant les quelques années de notre mandat, il est vrai que nous avons apprécié les relations que vous avez su nouer avec la Cour d'appel et que généralement d'ailleurs avec la majorité des magistrats du ressort, votre disponibilité ainsi que votre tempérament affable parvenait à nous faire oublier combien votre activité professionnelle, que je qualifierais de multi directionnelle, pouvait vous accaparer, et nous en avons eu un bref exemple – mais un fabuleux exemple, à l'occasion du dernier colloque qui a été organisé par vous pour le congrès national.

Vous avez organisé ce colloque avec une équipe, j'ai bien compris, de fidèles experts comptables, dans la région niçoise, et nous avons vu se succéder, dans un cadre qui était prestigieux, des intervenants de qualité. Personne n'oubliera, à mon avis, pour ceux qui ont eu la chance d'y assister, ce colloque.

Je me doute que d'autres challenges vous attendent, puisque, si vous n'êtes plus

Président à compter d'aujourd'hui de cette section régionale, vous continuez votre activité d'expert de justice et d'expert comptable, et je ne doute, et je l'espère que nous aurons l'occasion de nous recroiser à nouveau pour travailler ensemble, parce que c'était effectivement fructueux pour ma part.

Monsieur le Président, qui est en face de moi, je saisis l'occasion aussi de vous présenter, au nom de la première Présidente, et à titre personnel, mes félicitations pour votre élection, et de formuler tous mes vœux les meilleurs de réussite pour la durée de votre mandat.

Sachez qu'en qualité de Conseiller chargé des experts de justice, je serai à vos côtés, tout en étant bien sûr entre les murs de la Cour d'appel, mais toujours à l'écoute comme je l'ai été avec Monsieur VIANO – je considère que c'est un petit peu mon devoir et ma fonction, à l'écoute de vos propositions, vos suggestions et, pourquoi pas, de vos reproches pour essayer de trouver, toujours, des solutions et d'avancer pour une meilleure justice dans l'intérêt du justiciable.

Avant de venir vous retrouver aujourd'hui, j'ai été fouiller dans mes archives et j'ai retrouvé les thèmes des différentes réunions qui avaient été choisis les années précédentes.

J'ai constaté que vous choisissez toujours des thèmes en relation avec l'actualité :

Vous aviez choisi, si je ne me trompe pas, en 2008, « de l'exercice professionnel à la mission expertale : le choc des déontologies ». A cette occasion, je me souviens qu'avait été décortiqué le dispositif TRACFIN qui, pour moi, ne me

rappelait pas grand-chose ; mais, à compter de ce jour là, je me souviens avoir porté davantage d'intérêt aux affaires de blanchiment notamment.

En 2009, c'était « Les missions de l'expert comptable de justice auprès des tribunaux de commerce » : et à cette époque là, je ne sais pas si vous vous en souvenez mais on parlait de la suppression d'un certain nombre de tribunaux de commerce ; effectivement, le sujet, d'une certaine façon, était brûlant.

En 2010, il était question de « l'expertise judiciaire et les missions sur le devoir de conseil ». L'actualité est peut-être moins criante, mais c'est vrai qu'à cette époque là, c'était la jurisprudence qui revenait régulièrement sur le devoir de conseil.

Cette année, vous avez choisi un thème évocateur : « Etablir les comptes entre les parties sans dire le droit » :

« Etablir les comptes » : la relation avec l'actualité est assez simple : on est en période de crise ; quoi de plus normal que de faire les comptes !

Et ensuite, la deuxième partie, « sans dire le droit », on laissera le mot aux juristes qui sont appelés aujourd'hui à faire une intervention pour nous dire leur avis.

Ce thème, on pourrait se demander s'il s'agit d'une gageure pour l'expert, s'il s'agit d'un écueil pour les parties, d'une provocation du magistrat mandant – je ne pense pas, ou encore d'une faiblesse pour un avocat – ma voisine vous le dira peut-être.

Quoi qu'il en soit, je vous propose de laisser la parole aux différents intervenants et de refaire le point, peut-être, à la fin de cette après midi.

Je vous remercie.

~

Constant VIANO prend la parole.

« Merci Madame la Présidente.

Si vous le permettez, juste avant de passer la parole à mon confrère Jean Avier, qui présentera les intervenants, je voudrais que Michel ASSE, Vice-président national, nous dise quelques mots. »

~

Allocution de

Monsieur Michel ASSE,

Vice-président national de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice

M. ASSE - Oui, tout à fait, pour un sujet tout à fait passionnant. Chaque fois, comme vous le disiez, Madame la Conseillère, les sujets et thèmes des colloques sont toujours très intéressants.

Au cas d'espèce, je pense que l'on soulève des problèmes qui apparaissent dans toutes - ou quasiment toutes, les expertises.

Effectivement, il est hors de question que l'expert puisse dire le droit. Le juge ne peut pas déléguer ses pouvoirs. C'est au juge qu'il appartient de dire le droit, et au juge seul.

Cela étant, quand les parties font valoir un certain nombre de prétentions, c'est d'abord et avant tout des droits qui, de temps en temps, prennent la forme de comptes, ou de chiffres, ou de sommes d'argent, etc ; et, effectivement, il n'est pas toujours facile de faire le partage entre ce qui est strictement le droit, et la concrétisation de droits que sont les sommes, les créances, et des choses comme ça.

Je pense que ces problèmes ne vont faire que croître et embellir, et devenir de plus en plus épineux, car lorsque vous avez des expertises sur des instruments financiers, le droit, le chiffre et la finance sont mêlés. Ce sont finalement des choses en boucle.

On m'avait demandé, une fois, avec deux autres experts, d'analyser et de décortiquer deux instruments financiers dit « toxiques » : la simple analyse financière ou juridique que nous avons faite avec un professeur de droit tenait en six pages – la présentation de chacun des instruments et les conséquences !

On voit bien l'interpénétration, d'autant qu'à partir d'un certain moment, la finance

crée le droit, par les rapports qu'elle crée, par la nature même du produit, dérivé, pas dérivé, j'en passe et des meilleures ...

C'est pour cette raison que je me réjouis de ce colloque, et je pense en apprendre beaucoup de choses : que l'on est toujours tenu par l'article 238 que tu citais, Constant, qui est terrible parce qu'en plus il est très réducteur pour un expert judiciaire.

Il ne doit jamais – c'est une interdiction formelle, porter d'appréciation d'ordre juridique. Donc c'est effectivement très réducteur.

Je ne vais pas monopoliser la parole plus longtemps.

Je passe la parole à Jean AVIER, qui va vous présenter les intervenants.

Allocution de

Monsieur Jean AVIER,

Vice-président de la Chambre Régionale Aix Bastia

de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice

M. AVIER - Madame le Conseiller,
Mesdames et Messieurs bonsoir.

Je « rebondis » - c'est le mot à la mode, sur ce qu'a dit Madame le Conseiller Nicole GIRONA : avec la crise, on a envie d'établir les comptes : on pense, mais ce n'est pas le sujet je vous rassure, que les décideurs eussent été inspirés d'établir les comptes avant la crise.

Cela étant dit, venons-en au sujet :
« Etablir les comptes entre les parties sans dire le droit » :

Sans entrer dans la vaine querelle des chiffres du droit, qu'on connaît, on pourrait se poser la question de façon simpliste et s'interroger sur le fondement du thème du colloque d'aujourd'hui :

En effet, droit d'un côté, chiffres de l'autre, où pourrait apparaître le problème ?

L'expert comptable transcrit, ou fait transcrire, des événements économiques sous forme d'écritures comptables.

A cet égard, on a pu le qualifier d'homme du fait, tandis que le juge apparaît être celui du droit.

Pourtant, l'homme du fait n'est plus assimilable à l'aimable rond de cuir nanti de lorgnons et manches de lustrine que moquait avec talent COURTELINE, il y a un temps.

Depuis, entre autre, la comptabilité est devenue une branche du droit.

En outre, l'expert comptable de justice ne doit ni recevoir de missions juridiques ni porter d'appréciations d'ordre juridique.

Mais la frontière n'est pas aussi nettement tracée qu'on pourrait le croire.

Ainsi ne saurait-il faire abstraction des données juridiques d'un dossier et pourrait-il même être conduit à anticiper sur la décision du juge dans la qualification juridique des faits ou dans la solution du litige.

« Les faits sont têtus », disait Lénine.

Je rassure l'auditoire : je suis loin d'approuver toujours le dénommé Vladimir Ilitch OULIANOV.

Toutefois, je préfère bien sûr un humaniste comme RABELAIS : « Science sans conscience n'est que ruine de l'âme ».

L'expert étant celui qui sait, qui est expérimenté en dépit d'erreurs que parfois il commet en toute bonne conscience et en toute incompetence, il pourrait s'inspirer, s'il est sage, du traité du libre arbitre dont je vais vous lire deux ou trois lignes - ce traité du libre arbitre est de BOSSUET : « La première règle de notre logique, c'est qu'il ne faut jamais abandonner les vérités une fois connues, quelque difficulté qu'il survienne quand on veut les concilier. Mais qu'il faut au contraire, pour ainsi parler, tenir toujours fermement comme les deux bouts de la chaîne, quoi qu'on ne voit pas toujours le milieu, par quoi l'enchaînement se continue. »

Certes, c'est du XVIIIème siècle ; cela dit, on l'a compris, la tâche de l'expert est difficile.

Et j'en rajoute une couche, si vous le permettez, avec Karl Popper : « Le vrai se

démontre par la proposition inverse. »

Je ne vais pas aller plus loin, sans ça vous allez sortir tout embrouillés.

Il est maintenant temps de laisser la parole aux intervenants mais vous voyez que la voie est étroite à nous, experts comptables de justice, en vue de l'exercice serein de votre mission.

Nous attendons les lumières de nos intervenants.

Je vais vous les présenter, si vous le permettez :

Tout d'abord, un universitaire de haut vol, Monsieur le Professeur Gérard BLANC, qui, je crois, va évoquer en l'explicitant, ça on le souhaite, le contexte juridique du sujet de ce soir.

Puis Maître Françoise ARNAUD vous exposera le point de vue de l'avocat sous l'ordre d'un pragmatisme de bon aloi, sans omettre toutefois d'évoquer l'expertise in futurum, de l'article 145 du Code de procédure civile.

Enfin, le dernier, et non le moindre, Monsieur le Conseiller honoraire à la Cour de cassation Charles BADI évoquera le point de vue du magistrat en s'appuyant sur l'article 238 du code de procédure civile.

Monsieur le Professeur, si vous le voulez bien ...

Allocution de

Monsieur Gérard BLANC

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique,
Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)*

M. BLANC - Je vous remercie de me donner la parole et je voulais en premier lieu remercier votre compagnie de m'avoir invité à participer et à communiquer à ce colloque sur ce thème, sur lequel a priori je n'avais pas de lumière particulière.

Mais est-ce qu'on peut avoir des lumières particulières sur ce thème ... ? Nous allons essayer de le voir ensemble.

« Etablir le compte des parties sans dire le droit » : formule quasi sacramentelle du juge traçant les contours de la mission de l'expert.

Cette formule est bien connue. Elle reprend, sans le dire, un vieil adage latin, que je ne résiste pas au plaisir de vous citer : « Da mihi factum, tibi dabo jus » : « Donne moi le fait, je te donnerai le droit ».

C'est toute la problématique de l'expertise judiciaire, en particulier lorsque cette expertise intervient dans le domaine du chiffre, lui-même objet d'un régime juridique.

Comment l'expert comptable judiciaire peut-il accomplir sa mission sans inévitablement piétiner les platebandes du juge ?

Le simple fait de constater le chiffre n'est-il pas en lui-même une forme d'empiètement sur le droit dans la mesure où l'expert va être conduit à apprécier des pièces comptables elles-mêmes soumises à un appareil normatif ?

Le thème abordé dans cette rencontre aujourd'hui, vous le savez, n'est pas un thème nouveau. C'est même plutôt un thème qu'on pourrait qualifier de récurrent

pour votre profession, et je dirais d'autant plus pour votre profession dans la mesure où les frontières – on l'a déjà souligné il y a quelques instants - entre le chiffre et le droit, sont ténues.

Il pourrait donc y avoir quelque ambition démesurée à vouloir, après beaucoup d'autres, tenter d'y voir un peu clair, tant la question ne paraît susciter, dans les quelques écrits que j'ai pu consulter, que des réponses partiellement satisfaisantes.

Le sujet pourrait même paraître trop théorique à certains, trop éloigné des préoccupations quotidiennes.

Après réflexion, pour ma part, je suis totalement convaincu du contraire et je vais essayer de vous le démontrer.

En tant qu'universitaire, la tâche m'a été dévolue, et je vous en remercie, de rappeler le cadre normatif de la problématique, qui nous occupe aujourd'hui :

Plutôt que de longs développements théoriques, j'ai choisi de revenir, un peu comme le font les rugbymen, à deux fondamentaux, en posant deux questions simples, qui vont peut-être vous surprendre par leur simplicité, voire leur simplisme : finalement, quelle est la mission de l'expert (I), et quelles sont les limites de sa mission (II) ?

I) LA MISSION DE L'EXPERT:

Est-il nécessaire de le rappeler ? L'expert judiciaire a pour mission d'éclairer le juge sur une question technique.

Or, l'accomplissement de cette mission suppose que l'expert dispose d'un certain nombre de compétences et, d'autre part, que cette mission soit définie.

A) Des compétences

Je ne vous ferai pas l'injure de développer de manière trop approfondie les compétences nécessaires pour exercer cette mission, mais tout de même ;

Des compétences professionnelles - est-ce besoin de le préciser ? : l'expertise judiciaire est le prolongement d'une activité professionnelle ; vous le savez, en vertu de l'article 2-2 d'un Décret du 23 décembre 2004, l'expert doit avoir exercé ou exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec la spécialité dans laquelle il sollicite une inscription ; il faut donc que les conditions d'exercice de cette profession ou de cette activité nécessitent d'avoir acquis une qualification de haut niveau ; en outre, une pratique régulière de la profession permet à l'expert de connaître les usages professionnels et d'être en mesure d'actualiser ses compétences, compétences professionnelles dans le domaine du chiffre évidemment nécessaires mais qui ne sont pas suffisantes.

Il faut également que l'expert-comptable judiciaire dispose de compétences dans le domaine du droit.

Etant donné les domaines dans lesquels intervient l'expert comptable judiciaire, plus que tout autre expert, il se doit de disposer, je ne vous apprendrai rien, de compétences juridiques et procédurales. La proximité du chiffre et du droit, ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'un droit comptable, impose ce type de maîtrise. La formation à la fois économique et financière, comptable et juridique des experts est évidemment une base indiscutable. L'expert doit évidemment maîtriser le droit comptable : celui-ci, on le sait, s'est constitué par

l'adjonction successive de concepts, de définitions légales et réglementaires qui ont abouti à une véritable symbiose entre le droit et le chiffre. On en veut pour preuve que toute écriture comptable, tout solde de compte traduit une relation ou une situation juridique dans laquelle le fait et le droit se trouvent étroitement imbriqués. Mais l'expert comptable judiciaire se doit également de maîtriser les textes de base tels que le code de commerce, et tout spécialement les articles 123-12 et suivants de ce code, qui traitent de la comptabilité des commerçants.

Il en est de même de la maîtrise nécessaire du droit des sociétés, visé par les articles 1832 et suivants et 221-1 et suivants du code de commerce, particulièrement les textes sur le capital, ses modifications, les valeurs mobilières, les filiales, les participations, les comptes consolidés, etc ... je n'insiste pas. L'expert comptable judiciaire doit également disposer d'une connaissance solide du droit en général au-delà de ses terrains de prédilection.

Imaginerait-on un expert désigné dans un litige prud'homal par exemple, qui ignorerait le mécanisme d'une convention collective ou tout simplement la Loi en matière de préavis ou d'indemnité de licenciement ? Imaginerait-on un expert désigné dans un conflit au sein d'une société ignorant les règles de fonctionnement de celle-ci, le régime de responsabilité des dirigeants, voire le droit des procédures collectives ?

Imaginerait-on un expert nommé dans un litige successoral entre co-indivisaires qui ne connaîtrait pas les mécanismes essentiels des droits de succession ou des régimes matrimoniaux ?

Donc une connaissance du droit très approfondie est une condition nécessaire de la mission de l'expert comptable judiciaire. Et j'ajouterais des compétences pédagogiques : c'est peut-être plus

surprenant, encore que la valeur du rapport de l'expert réside en effet dans la qualité des travaux, dans l'étendue, la précision des investigations, la déduction rigoureuse tirée des constatations faites. Mais le rapport, quelle que soit sa qualité technique, est avant tout destiné à être lu – il ne faut jamais l'oublier, par des non techniciens de la matière, à savoir par le juge. La technicité du rapport rendu ne doit pas être forcément synonyme d'obscurité. L'emploi d'un vocabulaire excessivement technique dans le rapport peut rendre difficile sa lecture et la bonne intelligence des développements qui y sont conduits. Donc, l'expert ne doit jamais oublier qu'il est là pour éclairer le juge, ce qui n'exclut pas qu'il lui fasse part de ses doutes, qu'il refuse de répondre à certaines questions qui n'entrent pas dans sa mission. Il doit en même temps faire preuve d'autorité, de fermeté dans ses appréciations, faute de quoi ses conclusions risqueraient de s'enliser dans une sorte de flou artistique.

Au total, est-ce la quadrature du cercle qui lui est demandée ? Certes pas, mais encore faudrait-il alors que soit définie avec précision sa mission. Quel est en effet l'objet précis de la mission, les conditions de celle-ci étant remplies pour être exécutées ?

Encore une fois, la mission de l'expert dépend étroitement de sa définition par le juge qui doit évidemment agir dans le cadre de la Loi.

B) De la définition de la mission

Cet objet de la mission est fixé par la Loi, on l'a déjà rappelé. On sait qu'elle ne doit porter que sur des questions de fait, de nature technique, que le juge ne maîtrise pas et sur lesquels il a besoin d'être éclairé. On a déjà évoqué l'article 143 du code de procédure civile sur les mesures d'instruction, l'article 145 sur l'expertise in futurum, l'article 238 du code de procédure civile interprété a contrario - l'expert doit définir les faits et rien que les faits.

Il en est de même d'ailleurs si l'on évoque le domaine pénal : l'article 158 du code de procédure pénale précise le caractère exclusivement technique des questions qui peuvent être soumises. On peut également évoquer d'un mot le droit administratif : alors certes les articles R 621 à R 621-14 du code de justice administrative relatifs à l'expertise ne prévoient pas expressément le caractère factuel de la mission de l'expert, mais celui-ci, selon la doctrine la plus autorisée, peut se déduire toutefois du régime applicable aux mesures d'instruction en la matière.

Le juge qui fixe la mission de l'expert, doit se conformer strictement à ces textes. La mission de l'expert, telle qu'elle est déterminée par le juge, doit se borner à cet examen des faits. La Cour de cassation sanctionne en effet assez régulièrement les juges du fond qui se déchargent sur l'expert de leur office de dire le droit. Les questions techniques objets de la mission du juge sont celles qui exigent des connaissances spéciales et pour laquelle est demandée l'intervention de l'expert. Le Conseil d'Etat pour sa part adopte la même solution, même si l'article 621-1 du code de justice administrative ne l'exige pas expressément.

L'expert judiciaire désigné, qui doit se limiter aux faits, ne se borne pas néanmoins à un simple constat. L'expertise judiciaire, en effet, implique une appréciation des faits. C'est une caractéristique essentielle qui la distingue certes de l'enquête d'une part mais également du simple constat, qui peut être effectué par un huissier.

Par rapport à l'expertise, l'article 232 du code de procédure civile distingue en effet très nettement la personne que le juge peut commettre pour procéder à de simples constatations ou pour l'éclairer par une consultation.

Le texte, je le cite : « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour éclairer par des constatations, par*

une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». C'est l'article 232 du code de procédure civile.

Le simple constat ne laisse aucune marge d'appréciation à la personne désignée. Ce qui n'est pas le cas de l'expert. Comme l'expert, le constatant ne doit certes porter aucun avis sur les conséquences de droit des faits constatés, mais également aucun avis sur les conséquences de fait, ce qui le différencie cette fois-ci de l'expert. Quant à la consultation, qui est prévue également par le Code de procédure civile, elle doit être ordonnée lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes. Cette consultation requiert alors l'avis d'un technicien. C'est une question de principe qui ne nécessite pas de constatations matérielles, ce qui expliquera que, sauf prescription contraire du juge, la consultation très souvent sera présentée oralement par le technicien. On a pu dire que l'expertise judiciaire constitue la synthèse de la constatation et de la consultation.

En définitive, le caractère expertal n'est reconnu qu'aux actes d'investigation et d'établissement des preuves dont les résultats réclament une interprétation des faits qui constitue néanmoins un avis qui laisse le juge libre de sa décision.

L'article 232 précise qu'il doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. L'intervention de l'expert contribue à l'établissement des faits, à l'établissement d'une donnée et c'est au juge ensuite d'intégrer ces faits bruts à la règle de droit, autrement dit de les qualifier en les classant dans des catégories juridiques. Mais encore faut-il, évidemment, que le contenu de cet acte d'expertise ainsi défini demeure évidemment dans le domaine défini par la Loi.

- Ce qui m'amène à aborder la question des limites de la mission de l'expert.

II) LES LIMITES DE LA MISSION DE L'EXPERT

L'article 238, encore lui, pose clairement deux limites au travail de l'expert :

○ D'une part, l'expert ne peut répondre à d'autres questions que celles qui ont été définies par le juge. En d'autres termes, il ne doit pas répondre aux questions qui ne lui sont pas posées, un peu de la même manière que le juge qui, en principe, doit trancher le litige que dans les limites des interrogations que lui ont adressées les parties. Si l'expert juge opportun de répondre à d'autres questions que celles qui font l'objet de sa mission initiale, il ne peut le faire de sa propre initiative et doit demander au juge une modification de l'étendue de sa mission. Il en est de même lorsque l'expert se trouve confronté à une mission qui serait rédigée de façon peu précise qui nécessiterait donc que le juge lève le doute sur l'étendue ou le sens de cette mission.

Donc, première limite : ne répondre qu'aux questions qui lui sont posées – vous allez me dire, c'est évident !

○ Deuxième limite : elle est fixée par l'alinéa 3 de l'article 238. C'est une limite encore plus essentielle selon laquelle il ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique : l'expert ne peut dire le droit, encore moins trancher le litige, encore moins proposer une solution de conciliation. Néanmoins, il participe à l'élaboration de la solution du litige.

Tout d'abord, l'expert ne doit pas dire le droit. Le rôle de l'expert est dominé par cette distinction fondamentale qui existe en France dans la procédure entre d'une part la constatation et l'appréciation des faits, qui peuvent relever d'une expertise, si le juge le décide, et d'autre part leur qualification juridique qui relève de la compétence exclusive du juge. L'expert, comme dit un auteur, doit se

garder de subsumer les faits, c'est-à-dire de se prononcer sur les qualifications juridiques de fait ou d'actes qui font l'objet du litige et sur les droits qui sont invoqués par les parties. L'opération de qualification juridique paraît être le critère de délimitation de la mission de l'expert et de celle du juge. L'expert ne devrait intervenir, on l'a déjà dit, mais il faut le répéter, que pour établir des faits bruts ; le juge est bien dans son rôle lorsqu'il demande à l'expert de rechercher des faits matériels constituant des éléments du préjudice par exemple, tout en se réservant implicitement la qualification juridique.

L'opération de qualification juridique représente donc, pour des faits matériels, la porte d'entrée dans le domaine du droit. Cette présentation implique évidemment d'admettre que le droit et le fait existent dans leur singularité, c'est-à-dire indépendamment l'un de l'autre. Il est ainsi différent de dire qu'un tel comportement constitue un abus de bien sociaux ou de dire que tel comportement présente telle ou telle caractéristique.

Si on se fie à l'article 238 du Code de procédure civile, normalement l'expert ne devrait qu'établir les caractéristiques du comportement, sans se prononcer sur la qualification juridique de l'infraction, à savoir l'abus de bien sociaux. Si ces caractéristiques constituent autant d'éléments constitutifs de ce délit Ce n'est pas à l'expert de le dire. Mais, d'un autre côté, rien n'interdit à l'expert de proposer au juge plusieurs hypothèses de qualifications juridiques. Il est donc exclu que l'expert puisse avoir pour mission de trancher un point de droit, par exemple d'interpréter un contrat, de rechercher si un acte juridique est valable.

Ce n'est pas néanmoins, vous le savez bien et c'est pour ça que vous avez mis ce sujet à votre ordre du jour, une hypothèse d'école : soit que le magistrat ait tendance à déléguer une partie de ses prérogatives à l'expert, soit que l'avocat de l'une des parties tente d'orienter le technicien sur le terrain juridique, le

défenseur étant lui-même par vocation plus porté vers le droit que vers le chiffre. Les exemples abondent de ces missions d'expertise à coloration juridique qui sont communiquées par votre profession elle-même auprès de laquelle je me suis renseigné. Le plus souvent, le juge se contente de dire que l'expert doit entendre les parties en leurs explications, exposer les difficultés qui les divisent et faire le compte entre les parties. Jusque là, j'allais dire, l'honneur est sauf ; l'article 238 est respecté.

Mais d'autres formules du juge sont beaucoup plus discutables. Par exemple, « *fournir au tribunal tous éléments de fait permettant de délimiter exactement les points de droit à trancher et arrêter le compte entre les parties* ». On est déjà dans l'ambiguïté. Dans le domaine du droit social, « *rechercher s'il existe d'autres conventions collectives – je cite toujours – que celles sus visées et donner son avis sur la question de savoir laquelle pourrait s'appliquer aux activités économiques analysées* ». Dans le domaine pénal, « *Dire si les écritures ont été passées de façon régulière, si elles sont justifiées ; donner son avis sur la régularité de la mission remplie par le commissaire aux comptes* ». Ou encore en droit des sociétés « *Rechercher si, sur le prix de cession des actifs de la société Z..., des sommes ont été remises à titre de libéralités ou de prêt à chacun des époux B... à leurs enfants* ». Ou encore en matière civile « *Déterminer la consistance et l'évolution des patrimoines mobilier et immobilier de Monsieur Untel tant en bien propre que de communauté ; établir des donations indirectes divisées par dons annuels qui auraient pu être consenties* ». Les missions définies par les juges eux-mêmes comportent bien souvent une part d'ambiguïté.

Ces différents exemples illustrent, si besoin était, que la mission de l'expert comptable judiciaire comporte des frontières entre le droit et le fait qui sont difficilement décelables. L'analyse des

décisions de justice, en la matière, montre elle-même la porosité des frontières du droit et du fait. En d'autres termes, il n'y a pas que les missions définies par le juge qui montrent cette porosité, mais les décisions elles mêmes. Ces décisions rattachent encore parfois avec une part d'excès les interventions de l'expert au domaine du fait alors qu'il pourrait être aisément soutenu qu'il procède à des appréciations juridiques. Par exemple, « *le technicien ne s'est pas départi de sa mission en estimant, dans des conclusions qui ne lient pas le juge, que devait être appliquée telle ou telle convention collective dont le salarié s'est prévalu* », ou encore « *entre dans la mission de l'expert celle définie par le juge qui lui demande de vérifier les écritures portées aux comptes courants d'associés, et de rechercher notamment le taux des intérêts convenus et à défaut, de calculer le montant des intérêts légaux* ». Dans ces différents exemples, on aurait pu soutenir que l'expert, en déterminant les règles de droit applicables ou des éléments de calcul nécessaires à la mise en oeuvre de la règle, était sorti de sa mission factuelle pour empiéter sur celle du juge. On pourrait tout aussi bien affirmer que l'expert ne se prononce pas à proprement parler sur une question de droit ; il met simplement le juge en état de le faire.

La distinction n'est donc pas évidente tant la nuance entre les deux appréciations de la même mission de l'expert est étroite. Formellement, c'est le juge qui tranche au final. Il dispose de l'autorité pour statuer sur le droit, mais l'expert, dans toutes ces espèces, détermine un élément juridique d'importance : par exemple le droit applicable ou encore les éléments de calcul qui permettent la mise en oeuvre de la règle de droit. Il est donc ainsi particulièrement difficile dans la discipline comptable de ne pas se référer aux concepts et aux catégories juridiques, a fortiori lorsque la juridiction qui désigne l'expert l'y invite expressément ou tacitement.

Cette incertitude sur les frontières entre le fait et le droit évoque un débat bien connu qui est le débat récurrent sur l'étendue du contrôle que la Cour de cassation exerce sur les juges du fond. Normalement, la Cour de cassation ne connaît que des questions de droit. Les questions de fait sont soustraites à son examen. Elle se refuse par exemple à contrôler l'énonciation des faits par les experts. L'observation doctrinale de la Cour de cassation montre que c'est l'intervention de cette dernière en réalité qui détermine le domaine du fait. Un auteur est même allé jusqu'à dire que le domaine du droit est finalement celui dans lequel la Cour de cassation décide d'exercer son contrôle. L'affirmation est peut-être excessive, mais elle s'appuie sur l'observation d'une pratique. Cette observation démontre par exemple que dans de multiples domaines, la Cour de cassation abandonne parfois la qualification juridique des faits au juge du fond. N'est-ce pas le même phénomène auquel on assiste lorsque le juge, toute proportion gardée, invite l'expert à une certaine analyse juridique ? C'est d'autant moins une hypothèse d'école, disions-nous précédemment, que les frontières théoriquement tracées par l'article 238 alinéa 3 du Code de procédure civile ont une effectivité incertaine.

La jurisprudence - Monsieur le Conseiller BADI ne me démentira pas sur ce point, est en effet bien établie en la matière depuis un arrêt de 1985. La Cour de cassation a énoncé qu'aucune disposition ne sanctionne par la nullité l'inobservation des obligations imposées par l'article 238. Cela va rassurer certains peut-être ! L'avis juridique émis par l'expert, on le sait, ne lie pas le juge appelé à trancher le litige. Le juge peut écarter, dans le rapport de l'expert, les éléments juridiques qui lui paraissent surabondants et ne retenir que les éléments de fait qu'il juge pertinents et utiles à sa décision. Ou encore les retenir, mais à titre d'éléments d'information. Dès

lors, pourquoi l'avis juridique de l'expert devrait-il être sanctionné par la nullité, puisque finalement le juge peut ensuite en faire son affaire ?

Cette position particulièrement souple de la Cour de cassation ne l'empêche pas pour autant de rappeler parfois qu'il n'appartient pas à l'expert de dire le droit. C'est le cas d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1991, mais en l'espèce la censure opérée par la Cour est intervenue non pas tellement parce que le juge du fond avait fait siennes les conclusions juridiques de l'expert, mais parce que ce juge n'avait pas répondu à des conclusions d'un avocat qui contestaient l'interprétation faite par l'expert sur la portée d'une clause contractuelle. C'est donc plus un refus de réponse à conclusions qui avait été, en la matière, sanctionné. En d'autres termes, cet arrêt ne se situe pas sur le terrain de la licéité de l'avis de l'expert, bien qu'il s'agisse d'un arrêt de cassation, alors même que cet avis était fondé sur des considérations juridiques. Le juge du fond peut ainsi éviter la censure de sa décision en exposant clairement les motifs de sa décision, même si celle-ci s'approprie les conclusions de l'expert, ces conclusions fussent-elles le résultat d'une analyse juridique. L'avis de l'expert pourrait être frappé de nullité s'il n'était certes fondé que sur des considérations juridiques ; mais au total, cette nullité n'est-elle pas une hypothèse d'école ? La jurisprudence de la Cour de cassation va plutôt, voire certainement, en sens contraire.

Si l'expert ne doit pas dire le droit, au moins en théorie, il participe néanmoins à la solution du litige. C'est une autre façon de définir les limites de sa mission : l'expert assiste en effet le juge dans son œuvre de qualification, c'est à dire de classement d'une situation de fait dans une catégorie juridique.

La mesure avant dire droit décidant d'une expertise peut par exemple permettre au juge, s'il estime la démarche plus

prudente, soit de remettre à plus tard la recherche de l'adéquation entre le fait et le droit, soit, en raison des conclusions de l'expert, de réviser la première impression qu'il avait du dossier, soit encore de choisir entre les différentes hypothèses proposées par le rapport de l'expert. Ainsi, l'expert doit être, en quelque sorte, en capacité de fournir des réponses à une légitime interrogation du juge.

Il convient pourtant de ne pas s'inquiéter de l'influence de l'expert sur le juge. La Cour de cassation, d'ailleurs, exprime ce point de vue en termes très clairs : « *Il ne peut être ni troublant ni inquiétant que le juge s'appuie sur le travail et les conclusions de l'expert lorsque celui-ci a respecté, dans leur esprit, les principes de base de la procédure.* »

Je citerai en outre un arrêt du 9 novembre 1971 : « *Ne se décharge pas sur l'expert de sa mission de trancher la question de droit le juge qui reproduit les constatations et les conclusions de l'expert et énonce que celui-ci a fait une analyse exacte des droits des parties.* » Ce qui montre la souplesse de la Cour de cassation une fois de plus.

Au total, l'expert participe à l'élaboration de la décision du juge. Si ses conclusions sont parfaitement motivées, on concevrait mal en effet qu'elles puissent être rejetées, sauf à en contester le bien fondé. Sauf qu'il y a, je veux le souligner, un paradoxe à affirmer que le juge n'est pas lié par les avis et les conclusions de l'expert, alors même que par la désignation de cet expert, le juge s'est lui-même reconnu insuffisamment compétent pour résoudre tout seul la question.

Je terminerai par deux citations qui montrent, si besoin était, que loin d'être antinomiques - cela vous rassurera peut-être, les fonctions de l'expert et du juge sont étroitement complémentaires.

Je citerai d'abord un collègue, le Professeur CHAMPAUD, qui était doyen de la faculté de droit de Rennes, et qui disait, il y a presque vingt ans : « *L'expert*

se situe donc au carrefour de la vérité judiciaire. Il est le médiateur des vérités factuelles et intellectuelles des parties vers la vérité qui est la vérité judiciaire ». Permettez moi d'ajouter après le Professeur CHAMPAUD : la vérité judiciaire c'est-à-dire la vérité que le juge va affirmer sa vérité.

Monsieur le premier Président DRAI de la Cour de cassation disait, à la même époque : *« L'essentiel est que l'on comprenne toujours que le juge et l'expert constituent un couple : si le juge a pour métier la pratique du droit sans la technicité de l'expert, lorsqu'il s'agit des faits, ce droit demeure à l'état d'abstraction.*

Ces différents auteurs, qui me servent de conclusion, ont ainsi, vous le constatez, une approche plutôt optimiste de cette relation de couple qu'entretiennent le juge et l'expert et notamment l'expert comptable judiciaire. J'espère que cet optimisme sera partagé par Maître ARNAUD et Monsieur le Conseiller BADI qui sauront, je crois, illustrer de leur expérience ces propos.

Je vous remercie.

~

Monsieur Jean AVIER prend la parole.

~

« Merci Monsieur le Professeur.

Alors, si l'on vous a compris, les questions étant pour la suite, lorsque les intervenants auront terminé, l'expert comptable de justice est producteur de savoir. Finalement, le couple qu'il forme, sans être incestueux bien sûr, avec le juge concourt à l'élaboration d'une part de vérité ou de la vérité.

On se contentera de mettre une minuscule au mot vérité sans vexer personne.

C'est donc un exercice essentiellement d'humilité, que vous nous suggérez.

Comme un couple, on avance petit à petit ; on chemine avec cette humilité, qui devrait nous caractériser en chaque instant. »

Monsieur le Professeur Gérard BLANC :

« ... une humilité conjugquée, si j'ose dire ... »

Monsieur Jean AVIER :

« Conjuguons, alors, conjuguons ... On attend maintenant les propos de Maître Françoise ARNAUD. »

~

Allocution de

Maître Françoise ARNAUD

Avocate au Barreau d'Aix-en-Provence

MME ARNAUD - Je voudrais remercier le nouveau Président de votre compagnie et le Vice-président qui m'ont donné la possibilité d'intervenir dans votre colloque et d'être en quelque sorte le porte voix des avocats sur cette question effectivement d'actualité qui est celle de faire les comptes entre les parties sans dire le droit.

Vous êtes tous des auxiliaires occasionnels du service public de la justice.

L'expert judiciaire, à ce titre, est soumis au respect des devoirs essentiels de l'expertise, donnant au justiciable la garantie d'un procès équitable.

C'est la raison pour laquelle, à mon sens, la problématique de l'expert et du droit est une question majeure dans le droit de l'expertise.

Vous verrez que les travaux que j'ai faits pour parvenir à cette note succincte, qui ne sera pas à la hauteur de celle de Monsieur le Professeur BLANC, rassurez-vous, en tout cas il n'en aura pas la longueur, m'ont permis de constater que, finalement, j'avais peut-être une idée erronée de cette question, une approche, en tout cas en ma qualité d'avocat, qui était peut-être erronée de l'article 238 du code de procédure civile.

Alors, cette problématique, qui, certes, est actuelle, aujourd'hui, puisqu'on nous parle beaucoup de comptes, de règles d'or, n'est pas inédite, puisque j'ai constaté qu'elle était déjà posée bien avant le Code de procédure napoléonien de 1806.

Et j'ai également relevé que le souci de contenir l'expert dans son rôle de technicien était déjà une préoccupation de

l'ancien droit comme l'attestait le lieutenant particulier - c'est régional, en la sénéchaussée de Montpellier Philippe BORNIER, consignait, voici plus de trois siècles, cette réflexion à propos des dispositions de l'Ordonnance civile d'avril 1667 touchant l'expertise.

Je vous en donne une brève lecture, traduite, bien évidemment du latin : « Les experts sont les juges de la question du fait lorsqu'il s'agit de la vérification d'une chose qui ne peut être connue que par la pratique journalière de l'art qu'ils exercent. Le juge ayant emprunté de la science des experts la certitude du fait, il applique les maximes et décide la question du droit. »

Donc, vous constatez que la question était d'une vive actualité à l'époque, et nous étions en 1667.

Cette formule, aujourd'hui, est consacrée dans les dispositions de l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile, qui précise que l'expert ne doit jamais – « jamais » dans le texte - c'est très important, porter d'appréciation d'ordre juridique.

Et Monsieur le Professeur BLANC l'a rappelé il y a quelques instants, nous pouvons résumer cette disposition de l'article 238 alinéa 3 dans la formule latine, vous m'avez enlevé mon propos Monsieur le Professeur mais je pense que la traduction en français est très intéressante pour l'auditoire : « Donne moi le fait, je te dirai le droit. ».

Voilà ainsi résumées les dispositions de l'article 238 alinéa 3 qui s'imposent d'évidence à l'expert judiciaire que vous êtes.

En ma qualité d'avocat, je pense que, au

regard de la pratique que j'ai des expertises - dans différents domaines d'ailleurs, et je m'attacherai à traiter quelques cas pratiques liés plus essentiellement à l'expertise judiciaire comptable au regard de l'expérience que j'ai de certains dossiers, cette formule, à mon sens, de l'article 238, mérite d'être nuancée et ne peut être accueillie qu'avec beaucoup de réserves au regard du caractère très ambigu – je pèse mes mots, de l'article 238 alinéa 3 et ses conséquences dans la pratique de l'expertise, et comme le soulignait Monsieur le Professeur BLANC, il y a, effectivement, une limite entre le fait et le droit qui me paraît très ambiguë et qui n'est que d'une évidence relative.

En effet, en pratique, car je veux m'attacher à cette pratique dans l'analyse, l'approche de cette problématique de l'expertise et du droit, on constate que dans la confrontation que l'instance judiciaire va inévitablement provoquer entre les parties et l'avocat, l'expert est inévitablement conduit, de par la mission qui lui est confiée - et la mission est très importante, comme nous l'a rappelé Monsieur le Professeur BLANC, à apprécier les conditions d'application des clauses contractuelles au regard de leur contenu, des faits soumis en vue de renseigner le juge sur leur fonctionnement.

La difficulté qui va se poser à l'expert, dans le cadre de l'application de l'article 238 alinéa 3 du Code de procédure civile, est de savoir, en effet, comment concilier cette nécessité avec le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit des règles d'interprétation du droit commun, ou celles issues du régime des obligations contractuelles, l'impérium du juge reste souverain et échappe à la compétence de l'expert.

Je citerai, pour être pratique, quelques exemples :

Vous allez être confrontés, dans le cadre

d'une expertise judiciaire, à l'appréciation des clauses contraires à l'ordre public. Mais aussi à l'existence d'une condition purement postestative, à l'opportunité de l'application de l'exception d'inexécution, à la détermination de l'intention de bonne foi, ou de la loyauté des parties dans l'échange des consentements, ou encore dans le doute, l'interprétation de la clause contre celui qui a stipulé en faveur de celui qui a contracté l'obligation, ou encore dans l'application du principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

Tous ces éléments, je pense que vous les avez rencontrés, habilement provoqués par les dires des avocats vraisemblablement, mais vous les avez rencontrés et vous avez été confrontés, dans le cadre de l'application de l'article 238, à l'essentiel de ces questions dont j'ai donné une liste évidemment pas exhaustive.

Il faut constater que cette problématique de l'article 238 à laquelle l'expert est confrontée se pose avec une particulière acuité dans le cadre de la rubrique « compte à faire entre les parties » que vous avez choisi pour objet de ce débat.

La mission du compte à faire entre les parties est une mission qu'on voit fleurir de manière récurrente dans les missions-types qui sont le plus souvent ordonnées par le juge.

Vous avez constaté qu'on a un certain nombre de missions données à l'expert et puis apparaît, en fin de mission, la mission générale qui est celle du compte à faire entre les parties. D'ailleurs, cette mission de faire le compte entre les parties n'est pas toujours adaptée au regard des questions préalables qui ont été posées à l'expert. Mais c'est une habitude, une mission-type.

Alors là, je bats ma coulpe : responsabilité de l'avocat, en partie, qui a un rôle déterminant - mais je pense que le Monsieur le Conseiller BADI vous le

rappellera dans un instant, dans la fixation de la mission qui va être confiée à l'expert car, ne l'oublions pas - application de l'article 4 du code de procédure civile : se sont les parties qui façonnent les prétentions qui sont soumises au juge.

Dans le cas particulier du compte à faire entre les parties, les critères de distinction entre ce qui relève du fait et ce qui relève du droit sont en effet très délicats à définir. C'est ce que nous a démontré Monsieur le Professeur BLANC au travers de son excellent exposé.

Il est évident que l'expert chargé d'établir un compte entre les parties doit maîtriser, comme je l'ai rappelé il y a un instant, les règles du code civil en matière de contrat et obligations.

Un expert, par exemple, qui ignorerait les règles d'imputation des paiements, celle de la compensation - pour revenir plus particulièrement au compte à faire entre les parties, les règles de la compensation donc, judiciaire ou légale, les conventions d'indexation, les clauses d'anatocisme, ne peut valablement remplir la mission d'expertise qui va lui être confiée, la mission de compte à faire entre les parties.

Il résulte, et vous l'avez rappelé, Monsieur le Professeur, qu'outre ces connaissances techniques, déjà analysées en 1663, l'expert doit posséder nécessairement une connaissance du droit en général afin de présenter des solutions qui soient directement exploitables par le juge dans le cadre des rapports qu'il sera conduit à déposer.

Cette question préalable me paraît absolument avérée dans le cas particulier du compte à faire entre les parties.

Quand j'ai préparé cet exposé, nous avons l'habitude, nous avocats, de la thèse, synthèse et antithèse. Je me disais que, avant d'aborder cette question du compte à

faire entre les parties et le droit, il fallait peut-être définir la notion de compte entre les parties :

Je sais que cette question juridique est peut-être très étudiée dans les universités, en particulier en droit bancaire, mais il est important de revenir aux grands principes sur cette question. Et peut-être que cette question fait souvent défaut dans le cadre de l'approche des expertises par les experts qui sont désignés.

Je crois qu'il est important de rappeler que cette notion de la qualification juridique du compte existe. Elle est générale. Sa portée est considérable, puisque l'ouverture et l'établissement du compte entre les parties affectent profondément le droit des parties.

C'est dire, à mon sens, l'importance de l'expertise auquel peut donner lieu le compte à faire entre les parties et les précautions qui s'imposent dans la condition de celle-ci.

Très rapidement – je ne voudrais pas me lancer dans un cours de droit particulièrement complexe sur le compte mais j'en ai fait un résumé succinct dans ma note, le compte :

Par exemple, dans l'établissement du compte à faire entre les parties, l'entrée d'une créance en compte en change la nature ; c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui le rappelle à travers plusieurs arrêts : « ... Dès que des obligations entraînent des liens de connexité suffisants pour devoir se réduire en un compte unique, elles sont transformées : l'ancienne obligation disparaît et la nouvelle obligation fait alors partie d'un tout indivisible appelé compte ... ». Nous dit encore la Cour de cassation, « ... de ce compte, aucune créance ne peut être isolée. Toute poursuite est exclue sur le fondement d'un article du compte ... ».

Je voudrais m'arrêter en particulier sur la

question à laquelle les experts comptables judiciaires sont souvent confrontés, qui est celle des liquidations en cas de divorce, soit en amont de la procédure, puisque vous savez que les experts comptables judiciaires sont très souvent désignés dans le cadre de l'Ordonnance de non conciliation pour arrêter les comptes entre époux, et le sont également en aval suite au jugement qui a prononcé le divorce et dans le cadre de la liquidation de communauté.

Dans l'hypothèse d'une liquidation de communauté, lorsque les experts sont nommés pour faire les comptes entre les parties, que dit la Cour de cassation ?

« La liquidation à laquelle il est procédé en cas de divorce englobe tous les rapports pécuniaires entre les parties. Il appartient à l'époux qui se prétend créancier de l'autre de faire valoir sa créance selon les règles applicables à la liquidation de leur régime matrimonial lors de l'établissement des comptes qui s'y rapportent. »

Je reviendrai dans un instant, en analysant un cas pratique que j'ai connu à mon cabinet, et je vous dirai, à mon sens, ce que l'expert doit faire, ou ne pas faire pour ne pas franchir les limites de l'article 238 du code de procédure civile.

Enfin, – et je me permets cette petite critique, les experts judiciaires, comptables en particulier, dans le cadre des arrêtés de comptes qui sont à faire, omettent souvent de faire appel aux dispositions des articles 1268 et 1269 du code de procédure civile, qui réglementent l'établissement d'un compte à faire entre les parties. Je vous renvoie aux dispositions de l'article 1269. Vous trouverez un certain nombre de jurisprudences qui sont visées au soutien de cet article 1269.

Que vous dit la jurisprudence ? « ... Un compte n'est arrêté au sens de l'article 1269 que s'il a été discuté, approuvé et ratifié par les deux parties dans les conditions impliquant leur volonté

commune de fixer définitivement leurs situations respectives. Ne remplissent pas ces conditions les documents délivrés périodiquement par les établissements de crédit pour faire le point de la situation d'un compte avec les intérêts acquis, fussent-ils intitulés « arrêtés de compte » ... ». Cette décision me paraît très importante, mais il y en a pléthore.

Lorsque vous, experts comptables judiciaires, vous êtes nommés pour faire les comptes entre les parties dans le cadre d'un conflit par exemple bancaire, il va falloir déterminer les intérêts dus dans le cadre d'un contentieux bancaire très étoffé. Vous verrez également qu'une demande en révision de compte a été admise par la Cour de cassation : un compte n'est jamais définitif ; des intérêts peuvent être dus même si un compte a été définitivement acquis.

Tout cela démontre, sur la base de cette qualification juridique du compte - ce rappel succinct au compte à faire entre les parties le démontre, que la principale difficulté à laquelle va se heurter l'expert judiciaire commis pour faire les comptes entre les parties porte en réalité sur la détermination des créances et des dettes à faire figurer dans le compte alors qu'elle résulte rarement – et là je me permets d'insister sur cette question, du libellé des missions qui sont confiées aux experts judiciaires.

Et, responsabilité, je bats ma coulpe, de l'avocat sur ce point ; je reviendrai dans un instant, dans ma conclusion, sur la responsabilité de l'avocat à ce titre.

Donc, dans l'absolu, au visa de l'article 238 du code de procédure civile alinéa 3, j'ajoute que, dès lors qu'il y aura matière à contestations, le plus souvent provoquées par les conseils des parties, l'expert ne pourra prétendre dire le droit, en prenant partie sur l'entrée ou non en compte d'une créance ou d'une dette.

Il lui faudra donc relater avec prudence les observations des parties et de leurs conseils et dans le doute ouvrir une alternative selon que la créance ou la dette sera ou non reconnue devoir figurer dans le compte.

A mon sens, par expérience, c'est peut-être mon travers d'avocat, l'expression des doutes de l'expert doit être claire et précise, sans oublier que même dubitative, elle sera la clé de l'évaluation susceptible d'influencer l'appréciation judiciaire et la suite d'un litige.

Je voudrais revenir sur la question des comptes à faire dans le cadre d'une liquidation de communauté et rappeler très brièvement le cas pratique auquel j'ai été confronté :

Une expertise va être ordonnée dans le cadre d'une Ordonnance de non conciliation et l'expert comptable désigné – les JAF le font de plus en plus, va devoir dresser un inventaire estimatif des biens de la communauté et faire toute proposition utile quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux, procéder à un audit financier puis à un audit patrimonial : c'est la mission. Autrement dit, faire le compte, bien évidemment, entre les deux époux.

La singularité de ce dossier particulier qui était confié à cet expert, qui a relevé le défi, je dois le dire, était de deux ordres :

Il se trouve que, vous le savez, l'article 262 A dernier alinéa du code civil dispose que le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux en ce qui concerne leurs biens, lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'Ordonnance de non conciliation.

Donc la singularité de ce dossier était que vous aviez deux époux qui étaient séparés depuis plus de dix ans avant la date de prononcé de l'ONC, donc un des époux

invoquait le fait que la date d'effet du divorce qui devait être évoquée dans le cadre de la procédure de divorce avait pris effet à la date de cessation de la collaboration et de la cohabitation entre les deux époux.

Autre singularité de ce dossier : il se trouve que ces deux époux, après avoir été liés par un contrat de séparation de biens, avaient choisi en cours de mariage, d'opter pour un régime de communauté universelle.

Par conséquent, l'expert judiciaire en question se trouvait confronté à deux singularités : la question de voir remonter les effets du divorce à la date de cessation de la collaboration et de la cohabitation des époux, et celle de la liquidation des droits au regard du régime matrimonial qui était maintenant celui de la communauté universelle.

D'où le problème dans le cadre de l'établissement de la consistance du patrimoine et enfin problème quasiment insurmontable dans le cadre de l'établissement des comptes entre les deux époux sur plus de dix ans, le changement de régime matrimonial étant antérieur à la date de cessation de la collaboration et de la cohabitation.

Que va faire cet expert ?

Cet expert, confronté à cette problématique juridique de taille, va donc d'abord interpeller les parties.

Il va demander l'avis des parties, en tout cas de leurs conseils et leur dire, dans ce questionnement, que dans l'hypothèse où ils n'auraient pas une position convergente mais divergente, il se retournerait vers le juge chargé du contrôle des expertises qui est là pour éclairer l'expert dans l'hypothèse où une difficulté se présente.

Donc l'expert a recueilli l'avis des deux avocats qui, par chance, convergeait, et cette expertise était sur le point d'aboutir et

je pense que l'expert établira des comptes de liquidation au regard de l'alternative, c'est-à-dire en fonction des deux problèmes posés et que nous parviendrons peut-être, le cas échéant, à une conciliation.

Donc voilà, dans l'idéal, et ce dossier est particulièrement idéal au regard de la confrontation du fait et du droit dans le cadre de l'application de l'article 238, le rapport d'expertise doit mettre le juge à même de trancher l'obstacle de la technicité du litige, de satisfaire pleinement à son devoir d'interprétation des faits, lui laissant de la sorte l'entière maîtrise de la qualification et par voie de conséquence de l'interprétation de la règle de droit – c'est l'essentiel de l'article 238, la règle d'or.

Je pense pour ma part qu'il s'agit d'un idéal, de moins en moins atteint en pratique du fait de l'amplification – tant mieux pour vous les experts et pour nous les avocats, de l'expertise dans le règlement juridictionnel des litiges.

Je vous ai dit il y a un instant que la problématique du compte à faire entre les parties et le droit n'était pas inédite, puisqu'elle était fort ancienne mais que je pense que cette problématique – et vous avez eu raison de poser cette question, présente de plus en plus d'importance et d'acuité en raison de l'amplification du recours à l'expertise dans le règlement juridictionnel des litiges.

La cause, où la trouver ?

Comme vous l'avez constaté, les avocats ont tendance, de plus en plus, à utiliser les dispositions de l'article 145 du code de procédure civile qu'on a l'habitude d'appeler l'expertise in futurum - pour parler français, « mesures d'instruction préventives ».

La finalité de ce texte n'est pas d'éclairer un juge non encore saisi du fond de

l'affaire, mais d'ordonner une mesure d'instruction – je vous rappelle les dispositions de l'article 145 : « ... s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès, la preuve dont pourraient dépendre les solutions du litige ».

La finalité de l'article 145 est donc strictement probatoire.

Le problème qui se pose aujourd'hui, c'est que la procédure, à mon sens - je ne sais pas si les autres intervenants partagent mon analyse, a été quelque peu dévoyée. La procédure de l'article 145 excède trop souvent cette finalité probatoire pour côtoyer le fond du litige.

En d'autres termes, le droit plus que le fait.

Il n'est pas rare en effet – vous avez pu le constater je suppose Mesdames et Messieurs les experts, que le demandeur sollicite une expertise sur le seul fondement de ce texte, parce qu'on y retrouvera bien ses petits ! On lance une procédure et peut-être qu'on arrivera bien à trouver un fondement juridique si on arrive à orienter l'expert ; un fondement juridique, c'est une action future sur le fond.

Donc, mesures d'instruction dans le but de se soustraire aux exigences spécifiques de telle forme particulière d'expertise.

Je songe notamment, en abordant cette question, aux expertises de gestion : les mesures d'instruction in futurum sont souvent sollicitées afin d'apprécier tout ou partie de la gestion d'une société, et afin d'échapper, comme vous le savez, aux strictes conditions qu'impose l'article 226 de la Loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L 225-231 du Code de commerce.

Pour ma part, jusqu'à ce que je prenne connaissance d'un arrêt récent de la Cour de cassation d'octobre 2011, je considérais, bien qu'affectionnant

particulièrement cette pratique de l'article 145, que les recherches visant à apprécier la conformité à l'intérêt général de certaines opérations de gestion excédaient les limites de l'article 145, donc la seule appréhension des faits, dont la preuve pourrait être établie sur le fondement de cette disposition.

Rassurez-vous, la porte est ouverte par la Cour de cassation !

Et elle vient de le faire alors et surtout que dans le cadre de l'application de l'article 145, il n'y a pas d'encadrement des experts par le juge chargé du contrôle des expertises.

Pourquoi ? Il n'y a pas de juge chargé du contrôle des expertises dans le cas d'une expertise in futurum !

Donc vous pouvez librement faire du droit, même dire le droit, sans pouvoir vous référer au juge chargé du contrôle des expertises.

Que va dire la chambre commerciale de la Cour de cassation dans cet arrêt du 18 octobre 2011 sur appel d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai ?

Elle a considéré que la possibilité d'un associé de demander, sur le fondement de l'article L 225-231 du code de Commerce, une expertise de minorité - et je sais que vous êtes très souvent désignés en particulier par les Tribunaux de commerce dans le cadre d'expertises de minorité, n'exclue pas la possibilité de demander une expertise sur le seul fondement des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile au terme d'attendus qui me paraissent absolument de principe.

J'ai là cet arrêt. Je vous en donne une petite lecture : « ... Alors que la possibilité pour un associé de demander, sur le fondement des dispositions de l'article 226 de la Loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L225-231 du code de commerce, une expertise de minorité n'exclue pas la

possibilité de demander une expertise sur le fondement des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile ... ».

Cette affaire me permet de dire que cet arrêt est, d'évidence, un arrêt d'espèce au regard de l'article 145 et qui laisse aux avocats d'abord et aux experts comptables ensuite un large champs de manœuvre, comme vous l'avez compris.

Toujours sur l'article 145, je vous ai indiqué, au début de mon propos, qu'il y avait une amplification des mesures d'expertise qui s'insinuait dans le débat judiciaire. Et bien, un des effets pervers de la très large utilisation de l'article 145 est que nombre d'expertises, prescrites sous son visa, ne le serait pas nécessairement par le juge du fond, et surtout le serait dans de meilleures conditions après que les questions de droit donnant lieu au compte à faire aient été contradictoirement débattues entre les parties, ce qui faciliterait la tâche des experts comptables désignés puisque nous aurions des questions de droit qui ont été débattues devant le juge de manière contradictoire et il est bien évident que la mission donnée à l'expert s'en ressentirait au mieux. Dans cette hypothèse là, seulement, vous seriez en mesure de respecter strictement les dispositions de l'article 238 qui vous interdisent de franchir la ligne jaune de faire du fait sans faire du droit.

Comme vous le savez, le juge qui ordonne cette mesure d'expertise in futurum n'est pas suffisamment instruit du dossier. Ca se passe la plupart du temps en référé, très rapidement, dans l'urgence, et il n'est pas en mesure de poser à l'expert les questions idoines. La mission confiée à l'expert l'est en termes trop généraux, reprenant dans la plupart des cas une formule pré-établie, notamment celle de faire les comptes entre les parties.

Vous avez pu constater, à l'occasion des expertises qui vous sont confiées dans le

cadre de l'application de l'article 145, que très souvent le contentieux va se nouer en cours d'expertise ! D'où la difficulté pour l'expert de respecter les dispositions de l'article 238.

L'expert va être forcément guidé par les dires des parties et des avocats qui vont essayer, dans le cadre de l'expertise 145, de nouer le contentieux sur le plan juridique et judiciaire.

Donc, par conséquent, je pense que, dans le cadre de l'application de l'article 145 du code de procédure civile, l'expert judiciaire a fortiori comptable doit faire preuve d'une vigilance très particulière et très importante ; la mesure d'instruction préventive n'a nullement, je me permets de le rappeler, pour objet de rechercher un fondement juridique à une demande en justice, mais d'établir la preuve des faits de nature à engager les responsabilités mais aussi à établir à titre principal et complémentaire un compte entre les parties.

En conclusion, car il faut bien conclure, je vous plains !

Pourquoi ?

Le strict respect de l'article 238 alinéa 3 relève d'évidence d'un exercice d'équilibriste.

J'espère que vous avez cette qualité au regard du caractère très ambigu - j'ai d'ailleurs noté qu'à l'occasion de l'un de vos colloques un de vos Présidents de l'époque avait indiqué que les dispositions de l'article 238 étaient constitutives d'une véritable hypocrisie.

Ambiguïté, donc, à l'égard de l'article 238.

Seulement, l'hypocrisie impacte nécessairement l'application de ce texte.

Vous verrez que la difficulté évidente qui surgit dans l'application de l'article 238 est celle de la séparation entre l'appréciation juridique interdite à l'expert et l'activité juridictionnelle du juge.

Comme l'a rappelé Monsieur le Professeur BLANC, la difficulté a été apaisée d'une certaine façon par la jurisprudence.

Tout d'abord, la Cour de cassation a dit qu'aucune disposition ne sanctionnait de nullité l'inobservation des obligations imposées par ce texte.

« Pas de nullité sans texte ».

Alors c'est vrai que l'article 238 alinéa 3 exige des experts qu'ils ne fassent pas du droit, mais en toute hypothèse il n'y a pas de nullité.

Donc, pour des avocats, bien maigre besogne qui nous attend, dans l'hypothèse où, effectivement, vous franchiriez la ligne jaune de l'article 138 ! Je ne pourrais à aucun moment demander la nullité du rapport ! Seule possibilité à l'avocat serait de demander la contestation de l'expertise et encore, avec le renfort de rapports d'experts amiables ...

Par conséquent, rassurez-vous, vous n'avez pas d'inquiétude à avoir sur l'application de l'article 238.

La jurisprudence est allée encore plus loin : Monsieur le Professeur BLANC a cité des arrêts plus anciens mais il y a l'arrêt plus récent de la chambre civile de la Cour de cassation du 5 mars 2003 n° 00210431. (Là, c'est encore le travers de l'avocat puisqu'en plus vous savez que la nouvelle procédure d'appel nous met dans l'obligation de viser strictement les dispositions et que nous avons l'obligation - c'est une règle déontologique entre avocats, de viser la jurisprudence et de mettre la numérotation de cette jurisprudence que nous évoquons dans nos conclusions.)

Cette jurisprudence est très intéressante puisque la Cour de cassation va reconnaître, dans des attendus – encore d'espèce à mon sens, que le juge est en

droit de s'approprier l'avis d'un expert même si celui-ci avait exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission.

Par cette jurisprudence, la Cour de cassation reconnaît que la limite de l'appréciation d'ordre juridique présente des contours assez flous – c'est ce que j'ai essayé de vous démontrer, sans pour autant autoriser l'expert à dire le droit, qui relève de la compétence exclusive de l'activité juridictionnelle du juge, mais sans sanctionner pour autant l'interdiction de certaines appréciations d'ordre juridique nécessaires dans le cadre de certaines expertises, et notamment dans la mission d'apurement des comptes entre les parties.

Vous avez compris : l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile est complètement désacralisé par l'arrêt de la Cour de cassation de 2003. Autrement dit, la prohibition pour l'expert résultant de l'application de l'article 238, qui est celle de faire du droit, vous permet de faire du droit sans dire le droit.

Par conséquent, je pense que cette réflexion vous habitera, à la suite de ce colloque, au quotidien lorsque vous aurez à plancher sur des missions expertales.

La question n'est pas pour autant réglée en l'état de l'arrêt de la Cour de cassation et, comme vous l'avez considéré dans le sujet de ce colloque, elle conserve toute son actualité pour moi, avocate : il est en effet à craindre – excusez moi je serai peut-être un peu sévère, que – mais je sais que l'auditoire ne fait pas partie de ceux-là, que bon nombre d'experts, comme Monsieur Jourdain dans le bourgeois gentilhomme de Molière qui faisait de la prose sans le savoir, fassent désormais du droit sans le savoir !

D'où la nécessité, au regard de la banalisation des mesures d'instruction in futurum, face à un contentieux pléthorique,

pour l'avocat, de prendre garde aux dérives et d'être particulièrement vigilant pour que l'expert ne franchisse pas les limites qui lui sont imposées par l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile.

Mais l'avocat a également des obligations : en l'état de la désacralisation jurisprudentielle de l'article 238 alinéa 3, il appartient à l'avocat de veiller plus que jamais pour éviter que le juge ne succombe aux charmes d'une délégation de pouvoir juridictionnel qu'il ne peut pourtant concéder. La règle est une règle fondamentale mais bien évidemment on sent qu'il y succombe de plus en plus ; que les investigations confiées à l'expert sont précisément et très concrètement définies par les avocats, étant rappelé - je l'ai indiqué au début de mon propos, que conformément à l'article 4, l'objet du litige est façonné par les prétentions des parties.

L'avocat doit donc jouer un rôle déterminant dans le cadre de la détermination de la mission d'expertise. Il doit également jouer un rôle déterminant au cours de l'expertise, dès lors que, le plus souvent, la recherche des faits par l'expert doit être orientée, guidée, inspirée par la qualification juridique qui paraît susceptible de leur être appliquée à l'initiative des parties.

L'avocat, à mon sens, est un acteur incontournable de l'expertise à la recherche de la vérité, de celle de son client. Il doit donc collaborer et piloter dans le strict respect du contradictoire tout au long de l'expertise, la suite de l'événement procédural que constitue le dépôt du rapport d'expertise qui est le fait essentiel dans la suite d'un litige sans perdre de vue qu'il n'y a qu'un pas entre l'éclairage donné au juge sur les fait litigieux et leur interprétation en ce qu'il détermine la règle de droit.

Je pense que Monsieur le Conseiller BADI sera fort de toute son expérience devant la

Cour d'appel d'Aix en Provence puis devant la Cour de cassation pour donner un éclairage et quelques recettes particulières aux experts pour ne pas franchir cette ligne jaune qui est celle de l'article 238 alinéa 3 du code de procédure. »

~

Monsieur Jean AVIER prend la parole.

~

« Merci Maître ARNAUD de cette intervention.

Le temps, on ne l'a pas vu passer tellement c'était intéressant, comme dans le premier cas de figure d'ailleurs avec Monsieur le Professeur BLANC.

Nous avons bien compris qu'il y avait une ligne jaune ; qu'il ne fallait pas être un Monsieur Jourdain mais qu'en fait l'avocat venait en fait en concours avec le couple que suggérait Monsieur le Professeur.

Nous voilà ménage à trois.

Simplement retenons que d'après vous la règle d'or reste la rédaction de la mission et que cela relève principalement des parties et donc de leurs avocats respectifs.

Merci pour cela.

Monsieur le Conseiller BADI, si vous voulez bien prendre la parole ... »

~

Allocution de
Monsieur Charles BADI
Conseiller honoraire à la Cour de cassation

M BADI - Je vous remercie Monsieur AVIER. Je voulais vous remercier aussi de m'avoir donné le plaisir de me retrouver parmi vous, experts comptables, que j'ai connus jadis.

Je voudrais aussi féliciter Monsieur DAUPHIN pour son accession à la présidence de cette compagnie.

Alors, votre préoccupation de ce jour, « faire le compte des parties sans dire le droit », pour tenter d'y répondre, car la réponse peut être extrêmement longue, je me limiterai à l'expertise en matière civile, domaine dans lequel vous êtes le plus souvent désignés, par une mission qui énonce diverses investigations auxquelles il faut procéder, rechercher tel ou tel élément de fait, donner son avis sur les éléments constitutifs d'un préjudice, dont la nature devrait, bien sûr, être toujours bien précisée par le juge, ou pour vérifier la bonne application, dans une comptabilité, des règles du droit comptable, par exemple, en matière d'amortissement.

Ces tâches vous sont confiées par un juge avant tout litige, comme nous l'a expliqué Maître ARNAUD avec l'article 145, ou dans le cadre d'un litige.

Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que l'institution, comme l'exécution des mesures d'instruction, sont régies par des dispositions réglementaires – titre 7 du code de procédure civile, relatives à l'administration judiciaire de la preuve au moyen de constatations, consultations et expertises.

Il ne faut donc jamais perdre de vue que ce que l'on demande à un expert va servir à

l'administration de la preuve.

La preuve de quoi ? D'un fait, évidemment, mais d'un fait qui sera le support du droit par la suite.

Parmi ces dispositions réglementaires - je vais répéter un peu ce qui nous a été dit-, pour enfoncer le clou, peut-être, il en est deux qui se complètent :

l'article 232 qui cantonne le pouvoir du juge qui commet une personne pour l'éclairer par des constatations, une consultation d'expertise en lui prescrivant de limiter les investigations demandées à l'examen de questions de fait qui requièrent les lumières d'un technicien,

et l'article 238 alinéa 3 qui limite le pouvoir du technicien en lui interdisant de porter des appréciations d'ordre juridique.

C'est donc à la lumière des règles citées que l'on peut tenter d'expliquer aux techniciens comment faire le compte des parties sans dire le droit, étant observé que l'interdiction de délégation de pouvoir faite au juge ne concerne pas directement le technicien et elle ne sera abordée que pour mémoire.

La jurisprudence sanctionne les délégations de pouvoir beaucoup plus qu'elle sanctionne par la nullité les violations de l'obligation de ne pas dire le droit par l'expert.

Si faire le compte des parties consistait exclusivement à établir des résultats d'opérations arithmétiques, l'application de ces règles serait aussi simple que leur

énoncé.

Mais la pratique nous révèle que l'établissement d'un compte entre les parties en litige requiert parfois une analyse juridique de la portée de dispositions contractuelles ou d'usages commerciaux, ou bien la recherche de dispositions législatives parfois supplétives de la volonté des parties.

Il en est ainsi par exemple en matière d'imputation des paiements ou de possibilité de compensation entre dettes et créances respectives des parties entre lesquelles il existe un courant habituel d'affaires et encore en matière de garantie de passif accessoire à des cessions de droits sociaux.

La jurisprudence – je la cite pour mémoire car on nous en a déjà parlé-, vous fournit quelques exemples de limitation des pouvoirs du juge : c'est ainsi que le juge ne peut demander à un technicien de rechercher la commune intention des parties, de fixer des responsabilités encourues ; mais rien n'interdit au juge de demander à l'expert de relever les faits qui pourraient fonder une responsabilité, quitte au juge à tirer la conséquence des faits relevés pour dire si, oui ou non, la responsabilité se trouve engagée.

Ou encore on ne peut lui demander d'évaluer un préjudice. L'évaluation du préjudice, c'est le rôle du juge. Par contre, la recherche des éléments constitutifs et l'avis de l'expert sur l'importance d'un préjudice, ça peut faire l'objet d'une mission expertale.

Le non respect de l'interdiction de délégation de pouvoirs du juge au technicien est très généralement sanctionné par la nullité du rapport d'expertise. Mais relativement à l'interdiction de porter des appréciations d'ordre juridique, une jurisprudence constante depuis au moins 1985, comme nous l'a expliqué le

Professeur BLANC, refuse de prononcer la nullité des expertises pour une raison bien simple : aucune disposition ne sanctionne par la nullité l'inobservation de cette interdiction.

On ne pouvait en attendre moins du juge du droit qu'est de la Cour de cassation.

Mais bien mieux, celle-ci a estimé que le juge était en droit de s'approprier l'avis d'un expert même si celui-ci avait exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission.

Vous voyez donc une règle qui est contre balancée par une jurisprudence très favorable aux immixtions de l'expert dans le droit.

Soyez donc rassurés, Mesdames et Messieurs les experts comptables judiciaires, car l'interdiction de dire le droit n'est pas aussi absolue qu'il n'y paraît à la lecture du texte.

Est-ce une raison pour le technicien de s'arroger le droit d'émettre une opinion d'ordre juridique ?

Dans les cas d'espèce, dans lesquels l'établissement du compte entre les parties requiert la résolution préalable d'une question de droit, un juge ne vous répondra jamais par l'affirmative, même s'il est conduit, à la lecture de votre rapport, à apprécier votre analyse juridique au point de la faire sienne pour motiver sa décision ainsi que la Cour de cassation lui en a reconnu le pouvoir.

Mais alors, quelle est la conduite à tenir lorsque l'établissement d'un compte est subordonné à la résolution d'une question d'ordre juridique dont l'appréciation relève du seul pouvoir du juge ?

Je crois que c'est ce qui vous intéresse dans la pratique.

S'il y a une question d'ordre juridique à

résoudre, c'est en général que les parties sont en désaccord sur l'interprétation d'une convention ou ses modalités d'application.

Que doit faire l'expert dans un tel cas ?

Il lui suffit de rapporter fidèlement la thèse de chaque partie telle qu'elle lui a été présentée par son avocat et d'établir différents comptes en fonction de chaque thèse en présence. Il ne pourrait s'en dispenser que si, à l'évidence, l'une des thèses ne procédait que d'une dénaturation des termes précis et dépourvus d'ambiguïté d'un contrat. Mais encore lui faudra-t-il faire preuve de prudence dans la rédaction de son rapport en se limitant à la reproduction de la clause dénaturée pour justifier ses calculs sans porter d'avis sur le caractère erroné de la thèse qui lui a été présentée.

C'est un peu une attitude hypocrite : l'expert peut très bien dire que la thèse soutenue par l'avocat ne tient pas la route car le contrat est dépourvu d'ambiguïté ; il lui suffit d'en reproduire les termes.

On ne lui reprochera pas d'avoir dit le droit quand il se sera borné à reproduire les termes d'un contrat et à en tirer la conséquence sur l'établissement du ou des comptes, selon les contestations des parties en présence.

Parmi les difficultés d'ordre juridique qui peuvent de présenter en cours d'expertise, il y a par exemple le problème de l'imputation des paiements.

Monsieur le Professeur BLANC a dit à juste titre que l'expert devait avoir des compétences techniques dans son domaine, mais aussi des compétences en droit.

Pourquoi ? Parce que c'est le code civil qui fixe les modalités d'imputation des paiements lorsqu'il y a plusieurs dettes ou lorsqu'une dette porte intérêt.

Mais les dispositions qui régissent l'imputation des paiements en cas de dettes multiples sont aussi supplétives de la

volonté des parties qui peuvent adopter d'autres modalités.

Alors comment procéder en cas de conflit sur ce point ?

Il convient, puisque nous sommes dans le régime de l'administration judiciaire de la preuve -il ne faut jamais l'oublier-, de réunir les éléments de preuve de la volonté du débiteur ou du consentement du créancier à propos des modalités d'imputations revendiquées sans pour autant se prononcer sur la valeur probante des éléments produits.

Il appartient au juge d'apprécier la force probante des éléments de preuve produits mais il appartient à l'expert de relever tous les faits dont on pourrait déduire la volonté des parties de procéder à l'imputation de telle ou telle manière.

Il est un autre domaine, celui de la compensation entre dettes et créances respectives des parties qui sont liées par un courant d'affaires habituel : si l'une des parties invoque devant l'expert une compensation légale, il faut que l'expert sache quelles sont les règles de la compensation légale, d'où cette connaissance du droit que soulignait Monsieur le Professeur BLANC.

Si une des parties invoque une compensation légale, il devra rapporter la preuve que les conditions requises par l'article 1291 du code civil sont réunies en l'espèce.

Là encore, il n'appartient pas au technicien de se prononcer sur la possibilité de compensation légale, mais il lui suffira d'indiquer quels sont les éléments de preuve fournis sur l'existence de créances et dettes respectives, leurs liquidités et leurs exigibilités, et d'établir deux comptes. L'un fera apparaître un solde après compensation, tout ça pour faciliter le travail du juge qui n'aura plus d'opérations à faire, l'autre indiquant le

montant des créances de chaque partie.

En tous cas, quelles que soient les exceptions invoquées par l'une des parties pour faire échec à la compensation, l'appréciation de leur bien-fondé n'appartient qu'au juge.

Il suffira donc de signaler précisément les exceptions invoquées par les avocats et de dire quelles sont les justifications produites. Il appartiendra au juge d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent.

Quant à la compensation judiciaire, la possibilité de sa mise en œuvre ne dépend que de l'appréciation faite par le juge du fond. C'est le compte établi par le technicien en fonction des prétentions de chaque partie qui servira aux appréciations du juge.

On peut citer, à titre d'exemple, en dehors du domaine particulier de la procédure collective, le cas d'un important marché de fourniture de téléphones mobiles comportant diverses livraisons échelonnées dans le temps dont certaines ont été acceptées et payées à terme, d'autres ayant fait l'objet d'une contestation de la facturation y afférente du fait soit qu'une partie des marchandises avait été refusée et retournée – parce que non conformes ou atteintes de vices-, soit qu'une partie ait été acceptée malgré quelques défauts d'aspect justifiant une réfaction du prix génératrice d'une créance sous forme d'avoirs à déduire du montant de la facture.

Dans un tel litige, issu de relations commerciales d'une durée de plus d'un an, évidemment le juge ne va pas perdre son temps à établir les comptes en considération de toutes les preuves qui lui auront été fournies, des vices atteignant les marchandises, des retours, des évaluations des défauts d'aspect, et de la question de savoir si les avoirs ont bien été comptabilisés ou non.

Ce litige peut donner lieu à expertise pour établir le compte des parties.

Bien entendu, le technicien aura pour mission de récapituler les livraisons, donner la valeur des marchandises retournées, chiffrer la créance correspondante, donner son avis sur l'importance des défauts d'aspect, chiffrer la réfaction de prix correspondante.

Il proposera finalement un compte faisant apparaître le montant de la marchandise à payer, le montant des éventuels avoirs consentis par le vendeur et l'évaluation proposée pour la réparation du préjudice.

C'est un travail ingrat et long mais je crois que c'est la seule manière d'éclairer le juge en lui fournissant le maximum d'éléments de fait que les lumières de l'expert permettent de mettre en évidence afin de choisir le droit applicable à cette situation de fait.

Ne pas dire le droit reste bien évidemment la principale préoccupation et, compte tenu de la jurisprudence en vigueur, rien n'interdit à l'expert de suggérer le principe de droit qui pourrait recevoir application dans un litige, pourvu que cette suggestion procède de faits que seules les lumières du technicien pouvaient révéler d'après les demandes d'investigations formulées par les avocats des parties.

On nous a dit à peu près tout ce qu'il fallait savoir sur cette interdiction et comment il fallait la comprendre et, pour en terminer et si vous me permettez une comparaison peut-être osée, il y a, entre les simples incohérences de techniques comptables que l'on peut relever dans un bilan et le trucage astucieux ou savant d'un bilan, un domaine d'investigation qui peut prendre une ampleur démesurée.

Eh bien il en est de même en matière d'établissement de comptes par expertise : mais ne soyez pas épouvantés par cette interdiction de l'article 238, l'interdiction de dire le droit ne doit pas aboutir à une

paralyse des initiatives du technicien, pourvu que celles-ci soient couvertes par le juge chargé du contrôle ; parce que lorsqu'il y a des difficultés d'interprétation d'un contrat, et que les investigations révèlent qu'il y a matière à faire d'autres recherches non expressément prévues dans la mission, l'expert a le devoir d'en référer au juge chargé du contrôle et de demander un complément de mission en expliquant la nécessité du recueil de ces éléments dans l'administration de la preuve.

Parce que l'expertise est un instrument d'administration judiciaire de la preuve, il appartient à l'expert de convaincre le juge que la solution du litige passe par l'administration de telle ou telle preuve et qu'il y a d'autres investigations complémentaires à opérer de manière à être missionné pour ce surplus d'investigation.

Voilà ce que j'avais à vous dire.

Alors, il ne faut pas penser que l'article 238 est un épouvantail, et la Cour de cassation, juge du droit, ne pouvait que constater l'absence de sanction et en tirer les conséquences.

Je vous remercie de votre attention. »

~

Monsieur Jean AVIER prend la parole.

~

« Merci Monsieur le Président.

Alors finalement, on a reconnu une chose importante, c'est qu'il y a beaucoup de travail d'humilité de part et d'autre, de collaboration entre magistrats et experts comptables de justice. Bien entendu, je n'oublie pas les avocats.

Au fond, le cheminement est difficile et parfois périlleux vers la vérité et la justice, le juste et le vrai, attributs du divin ; alors faut-il que l'expert comptable de justice - que nous sommes - ait la foi ? Chacun en décidera librement.

Nous savons, depuis des siècles, que la foi est loin d'exclure la raison.

Mais restons-en là si vous le voulez bien.

Je laisse, en vous remerciant de votre bienveillante attention, Madame le Conseiller Nicole GIRONA conclure ce colloque. »

~

Allocution de

Madame Nicole GIRONA

Conseillère à la Cour d'appel d'Aix en Provence chargée des relations avec les experts

MME GIRONA - Il m'a été confié la charge de faire la synthèse des exposés. Ce n'est pas une tâche très facile. Ce que j'ai retenu, c'est qu'il y a certains termes qui revenaient de façon récurrente.

Les organisateurs de ce colloque ont posé, dès le début, des questions déterminantes attachées au thème choisi.

Donc lorsqu'il est question de faire le compte entre les parties, quelle est la frontière – on a employé d'ailleurs le terme à plusieurs reprises de « ligne jaune », qui doit être choisie entre le droit qui relève du juge et puis le fait qui est de l'appréciation du technicien, tout ça au regard de l'article 238.

Les intervenants qui m'ont précédé se sont chacun, pour leur part, attachés à certains points :

D'une part, la connaissance de l'expert :

Monsieur le Professeur BLANC nous a indiqué que l'expert devait, dans l'exercice de sa mission, faire preuve non seulement de compétences professionnelles, mais aussi pédagogiques – j'insiste et je souligne « pédagogiques » car je pense que c'est un terme important qu'on oublie souvent dans le cadre des formations et auquel je suis attachée, mais également de compétences juridiques.

Maître ARNAUD, à laquelle s'est rallié Monsieur BADI, a indiqué qu'il était nécessaire, pour les professionnels du chiffre, de faire preuve de connaissances dans les domaines juridiques qu'ils sont habitués à appliquer dans le cours de l'expertise ; les conclusions que doivent présenter l'expert doivent présenter sur ce qui est suggéré plusieurs hypothèses en

fonction des différentes règles de droit applicables.

Sur ce point là, il y a un accord unanime entre l'universitaire, l'avocat et le magistrat qui s'entendent à reconnaître la nécessité, pour l'expert de justice, d'acquérir ou de disposer de connaissances juridiques d'ordre général pour effectuer les comptes entre les parties.

Puis les exposés ont à nouveau convergé sur un autre point : la mission donnée par le magistrat, qui doit aider l'expert à s'attacher aux points de fait en évitant de rentrer dans les détails ou de préciser des points de droit.

Le professeur BLANC a insisté sur le rôle du magistrat mandant qui définit la mission de l'expert. Il nous a dit que les chefs de mission évoqués devaient se limiter à l'appréciation des faits en excluant toute qualification juridique ; mais il est bien certain que le risque est grand, tant pour le magistrat que pour le conseil, d'ordonner ou de solliciter une mission d'expertise particulièrement large, notamment dans le cadre de l'expertise in futurum.

Je ne reviendrai pas sur ce fameux article 145 qui déchaîne les passions, aussi bien pour les avocats mais pour les magistrats aussi, je veux bien le reconnaître.

Effectivement, souvent des parties qui sont demandresses et les magistrats qui sont peut-être à ce stade un peu regardants ont tendance à oublier l'objectif assigné par le législateur qui, à mon avis, doit être à respecter.

On ne doit pas rechercher dans ce cadre là des fondements juridiques mais véritablement des faits pour permettre

d'établir une preuve.

A ce titre, l'expert doit rester vigilant, nous a dit Maître ARNAUD, s'agissant du cadre procédural qui a conduit à la désignation et qui est susceptible d'avoir une incidence sur la conduite de l'expertise.

Mais en fait, pourquoi les pouvoirs de l'expert, dans ce type d'expertise, paraissent-ils si problématiques ?

Tant la pratique que l'étude de la jurisprudence nous fait apparaître que la tentation est grande pour le magistrat et pour les conseils d'inciter l'expert à empiéter sur le terrain juridique. A l'unanimité des intervenants, il semble que la clémence particulière dont fait preuve la Cour de cassation, mais également le législateur si j'ai bien compris, à l'égard des rapports d'expertise tranchant des points de droit sont à l'origine de cette ambiguïté, qui est revenue plusieurs fois dans les propos de chacun des intervenants. Effectivement, s'il nous a été précisé d'une part que l'expert n'encourt pas la nullité de son rapport s'il empiète sur le problème juridique, et que, d'autre part, si le juge n'encourt pas la cassation de sa décision dès lors que, dans sa motivation, il s'approprie habilement le raisonnement de l'expert, on comprend la raison pour laquelle c'est de l'intérêt de tout le monde de laisser l'expert vaquer et s'aventurer sur le terrain juridique.

Le professeur BADI tout de même, à la fin de ses propos, nous exhorte de rester dans le droit chemin, ou plus exactement dans le chemin du droit : effectivement, l'absence de sanction de la Cour de cassation ne doit pas inciter le technicien à passer outre l'interdiction de l'article 238 alinéa 3 évoqué depuis le début. Il nous suggère en toute sagesse que tant l'expert que les parties se rapprochent du juge du contrôle de l'expertise pour trancher la difficulté relative à la question de droit.

Petite aparté : dans la procédure 145, il y a des possibilités de se rapprocher d'un juge chargé du contrôle.

Je voyais effectivement que ma collègue tiquait lorsqu'il en a été question : il y a effectivement un juge chargé du contrôle, mais ce juge là, c'est un contrôle sur la forme de l'expertise.

En revanche, sur la mission de l'expert, ça cause des difficultés, mais cela on en reparlera car je ne vais pas à nouveau étendre le débat. Je me cantonne à faire la synthèse. On en reparlera éventuellement au niveau des questions.

Donc, j'en reviens, le juge chargé du contrôle peut solutionner certaines difficultés : cette solution, proposée par le conseiller BADI, est effectivement la plus juridique et la plus sage ; il convient donc de s'y rallier.

Mais – pardonnez-moi, j'entends également les parties qui s'expliquent librement dans le contentieux de contestation à taxe se plaindre dans ces hypothèses là de la longueur de l'expertise, du coût des diligences de l'expert et du contentieux qui, à ce moment là, aurait été suscité par l'expert. C'est également un autre débat ; je ferme donc la parenthèse et je poursuis.

Parfois même, ce sont les magistrats chargés du contrôle, voire même hors du cadre de l'article 145 le magistrat de la mise en état, qui sont peut-être moins réactifs qu'on l'aurait souhaité et peu diligents qui peuvent aussi poser d'autres problèmes au niveau de la suite de l'expertise.

Nous voyons bien, au terme de ces interventions, qu'une fois de plus il n'existe pas de solution unique et qu'il s'agit d'une appréciation au cas par cas.

Mais je ne peux m'empêcher de faire référence – j'ai entendu que des intervenants aussi le faisaient et c'est ce

qui me paraissait assez caricatural, à la position de Monsieur Jourdain dans le bourgeois gentilhomme qui dit qu'un expert pourrait faire du droit non sans le savoir, parce qu'on n'oserait pas le dire, mais tout au moins sans en avoir l'air. N'est-ce pas la voie que prennent un certain nombre d'experts comptables ?

Et je dirais même, à la suite de vos interventions - c'est la position de la cour de cassation, qui inciterait presque l'expert à poursuivre cette voie, c'est-à-dire « dites le droit, mais surtout ne le dites pas » !

Donc reconnaissons en tout état de cause et à la lumière des analyses que nous avons entendues aujourd'hui que la réflexion est ouverte et que notre attention sera en éveil la prochaine fois que vous, experts comptables de justice, universitaires, avocats et magistrats, nous lirez l'expression « faire les comptes entre les parties ».

Allocution de

Monsieur Constant VIANO

*Président d'honneur de la Chambre Régionale Aix Bastia
de la Compagnie Nationale des Experts comptables de Justice*

M. VIANO - Merci à nos intervenants pour la qualité de leurs exposés. Je ne pensais pas, en proposant ce thème, aborder autant de choses et finalement sortir rassuré !

Mais cela a été dit, il est quand même risqué de franchir la frontière entre le droit et le fait. Maître ARNAUD nous le disait tout à l'heure, l'avocat pousse souvent l'expert dans cette voie.

Je constate aujourd'hui comme une sorte de dérive dans la mesure où certains avocats ont tendance à abreuer l'expert de jurisprudence dans leurs dires, pour le guider l'orienter dans sa mission.

Nous avons suivi, pas plus tard qu'il y a une quinzaine de jours, une formation organisée par notre compagnie sur l'application des clauses de garantie d'actif et de passif consécutives à la cession des titres de société», missions que nous confient fréquemment les tribunaux de commerce. Dans ces missions, le point de départ est le contrat et l'expert doit en faire l'analyse.

Cette formation, sur sept heures, nous a valu de rester cinq heures sur la jurisprudence !

La jurisprudence nous oriente, à tel point que, finalement, nous avons des difficultés à aller dans le sens de la question posée.

En définitive, si notre formation comptable nous pousse à avoir également une formation juridique, nous sommes loin d'être des juristes.

Notre président qui est également contrôleur principal de stage, pourra nous

confirmer, qu'à l'exception de ceux qui passent des études juridiques à celles d'expertise comptable, les futurs experts comptables ne sont pas forcément d'une grande culture juridique. Ils vont l'acquérir au cours de leur expérience à travers le droit des affaires essentiellement, le droit des sociétés, d'autant qu'ils sont commissaires aux comptes. Ces derniers sont là pour vérifier l'application du droit dans les sociétés.

Ce que vous avez dit à propos du compte est intéressant et souvent, pour faire le compte des parties, on devrait préciser à l'expert, dans les chefs de mission, quel compte, et non pas généraliser en nous disant simplement de « faire le compte des parties », sans explicitation en amont ou en aval.

Voilà donc mes quelques observations et merci encore à nos intervenants.

Le débat est ouvert.

QUESTION 1

Monsieur Antoine GRAGLIA

« Je voudrais me tourner vers Maître ARNAUD et puis vers le magistrat pour cette question : je partage tout à fait les propos de Maître ARNAUD qui a exposé ce qu'elle distinguait entre les bons experts et les mauvais, notamment lorsqu'il y a des divergences entre les avocats sur un point. Vous nous avez dit que vous estimiez que le bon expert est celui qui se retourne vers le magistrat lorsqu'une difficulté juridique est à trancher. Et je partage tout à fait cela et nous sommes, je peux vous rassurer, très souvent amenés à le faire. Par contre, ce que nous constatons, et là je me retourne vers le magistrat, c'est que si certains magistrats répondent au problème juridique qui est posé, certains magistrats, sous prétexte qu'ils ne peuvent pas prendre de position juridique pendant une expertise, ne répondent pas et disent : « faites plusieurs hypothèses en fonction de ce qui est demandé. ». Est-ce qu'on ne pourrait pas vider le problème juridique avant que nous fassions toute hypothèse ? Parce que, dans certaines expertises, faire plusieurs thèses représente des travaux considérables. Et malheureusement j'ai pu le vérifier à plusieurs reprises en matière de droit des sociétés (contrats à exposer, notamment des indexations qui s'appliquent ou pas) et en droit social (dans une rupture principalement d'agents commerciaux avec des indemnités très importantes à verser).

Donc si le magistrat en charge du contrôle des expertises ne répond pas, est-ce parce qu'il y a une obligation qui interdit au magistrat de prendre des positions juridiques en cours d'expertise, ou est-ce parce qu'il y a un problème de contradictoire ou autre ?

Essayer de vider, aussi complètement que

possible, le problème juridique nous éviterait beaucoup de calculs en fonction des différentes hypothèses. »

~

Maître ARNAUD :

« Monsieur l'expert, la question que vous posez est incompatible avec l'application de l'article 145. Dès lors, c'est la raison pour laquelle il n'y a pas, à mon sens, un contrôle du juge dans le cadre de l'expertise. Ca n'est pas sur le plan formel mais sur le plan juridique. Donc, la seule solution qu'aient les parties dans le cadre d'un référé 145 serait, à mon sens, de ressaisir le juge en référé, pour, le cas échéant, obtenir une ampliation de mission ou une explication sur cette mission qui donnerait lieu, cette fois-ci, à un débat plus contradictoire sur la mission. Ensuite, je ne vois pas comment on peut concilier l'article 145 et une mission détaillée et précise. Il n'y a que le juge du fond qui peut le faire, dans le cadre d'un jugement qu'on appelle soit avant dire droit soit mixte, le plus souvent mixte parce que toutes les questions préalables juridiques qui vont conduire à cette problématique du compte à faire entre les parties auront été réglées en amont par le juge dans le cadre de ce jugement mixte. C'est la raison pour laquelle les avocats font appel à l'article 145. Ce qui explique d'ailleurs ce contentieux très important que vous avez signalé, Madame le Conseiller, sur l'application de l'article 145, parce qu'effectivement il y a une débauche de procédures article 145.

Le temps passant, sur les procédures au fond, c'est beaucoup plus long. Donc les avocats préfèrent la technique de l'article 145, alors que bien souvent, on a des textes spécifiques, notamment dans le cas des

expertises de minorité.

Sur le problème des garanties de passif et d'actif, que voulez-vous que fasse un expert ? Il y a un problème d'interprétation du périmètre. D'ailleurs, le plus souvent, dans les questions d'arbitrage, on s'aperçoit qu'il y a des experts comptables et des juristes qui vont venir dire quel est le périmètre de ces garanties d'actif et de passif.

C'est la raison pour laquelle j'ai dit que le travail de l'expert, en particulier pour l'article 145, pour le respect des dispositions de l'article 238, est absolument un numéro d'équilibriste. »

Monsieur le conseiller Charles BADI :

« Je vais répondre à votre question. Le juge chargé du contrôle n'est pas le juge du fond. Il a une délégation de la juridiction de fond pour contrôler la régularité des opérations d'expertise au point de vue du délai, de contrôler les faits, les investigations de l'expert par le dépôt du rapport et de régler les éventuelles difficultés pour amplifier la mission ou y donner une ligne plus spécifique.

Mais ce juge n'a pas le pouvoir de trancher un problème de droit.

La réponse qui vous est faite est donc parfaitement logique et le juge vous dit qu'il ne peut pas prendre partie car ça relève de la formation collégiale du juge du fond, et non pas simplement du juge de la preuve.

Quand vous avez une expertise ordonnée par un jugement qu'on appelle interlocutoire, c'est-à-dire un jugement qui a tranché une partie du principal, et qu'on a recours à une expertise, là, véritablement pour faire le compte, mais les choses sont figées parce que la juridiction a encadré le litige ; elle a dit quelle était la règle de droit applicable et l'expertise ne devient qu'une mesure d'exécution d'une décision déjà rendue.

Mais lorsque vous avez un jugement purement préparatoire, c'est-à-dire un

jugement qui avant dire droit au fond, ordonne une expertise, alors là rien n'est tranché et vous pouvez vous trouver devant cette difficulté d'avoir des avocats qui vous soutiennent que la règle de droit applicable au litige était celle-ci, et l'autre avocat qui vous en sort une autre ! Ou qui vous invoque une jurisprudence ! La question de savoir si cette jurisprudence est applicable au cas d'espèce ou pas, ça relève du pouvoir du juge.

Mais je le répète, dans ces cas là, il vous appartient de relater fidèlement les prétentions de chaque partie et de relever précisément les éléments probatoires qu'elles vous fournissent à l'appui de leur thèse.

Bien sûr, vous ne pourrez pas conclure ; ça doit vous imposer peut-être parfois de faire deux ou trois comptes selon les hypothèses retenues – et ce n'est pas une hypothèse d'école. »

Madame le conseiller Nicole GIRONA :

« Je voudrais juste rajouter : c'est vrai que quand une expertise est ordonnée par le juge du fond avant dire droit, le juge du fond va suivre son dossier. Et là, si une difficulté se pose à l'expertise, les parties peuvent saisir le juge de la mise en état qui, éventuellement, peut modifier en fonction de la saisine de l'avocat, la mission de l'expert pour remettre la mission dans les rails, trancher les problèmes de droit et réorienter une expertise. Ca, ce sont les procédures de fond. Il y en a de moins en moins. Actuellement, c'est la procédure 145, à hauteur de 80 %, qui prévaut : dans cette procédure, la mission choisie par le magistrat correspond à celle demandée par l'avocat demandeur.

Pourquoi ? Parce que c'est l'avocat demandeur qui cherche à prouver des faits qui vont lui servir de preuve pour engager éventuellement une action.

Donc quand vous dites que vous avez des missions trop larges, le demandeur a, par

l'intermédiaire de son avocat, proposé une mission trop large. Et actuellement, ce qui se passe, c'est que les experts, qui se voient confrontés à des missions réellement trop importantes, demandent des compléments de consignations correspondant à ce qu'ils envisagent de faire comme investigations ; moralité, les consignations deviennent tellement importantes qu'on arrive à des dépôts de rapport en l'état.

Il y a donc une stratégie de la part de certains avocats qui consiste à compliquer et embrouiller l'expert éventuellement avec des jurisprudences qui ne correspondent pas à des mouvements de la cour de cassation mais qui sont des arrêts d'espèce, pour induire l'expert en erreur et l'inciter à chercher dans une direction qui ne se justifie pas au fond mais qui va provoquer des investigations supplémentaires, augmenter le coût de l'expertise en espérant que le demandeur se découragera et n'aura plus les moyens de payer. Donc il y a véritablement une stratégie des avocats et une pathologie de l'expertise sur cet article 145. »

~

QUESTION 2

Armand REA, expert inscrit,

« *Ma question est la suivante : si j'écris dans mon rapport : « Je n'ai pas relevé d'éléments matériels constitutifs d'actes de concurrence déloyale. », est-ce que je dis le droit ? »*

~

Monsieur le conseiller Charles BADI :

« Lorsque vous avez des actes de concurrence déloyale, il faut déjà relever deux entreprises en situation de concurrence. Et après, celui qui se prétend victime de concurrence déloyale a la charge de la preuve donc il doit indiquer quels sont les faits qui, selon lui, peuvent recevoir cette qualification.

Que va vous demander le juge, dans ce cas ? Il ne va pas vous demander de dire si le fait pour Monsieur X d'avoir téléphoné à Monsieur Z pour dénigrer son ancien employeur est constitutif d'un acte de concurrence déloyale ? Il va vous demander de rechercher si Monsieur X a téléphoné et quels sont les propos qu'il a tenus.

Votre rôle va se limiter à faire des constatations. Vous n'aurez pas à dire que ce fait constitue un acte de concurrence déloyale. Vous relatez les faits que vous constatez, et qu'on vous a demandé de constater.

J'insiste quand même, parce qu'il faut que les juges prennent le soin de rédiger précisément les missions. Cà, c'est un message à faire passer dans toutes les juridictions.

Sur l'article 145, il y a un abus d'utilisation parce que le juge a l'obligation dans ce domaine de vérifier la pertinence de l'offre de preuve.

Si vous me trouvez une ordonnance de référé 145 qui a un motif sur la pertinence de l'offre de preuve, je crois que je serai

fort étonné ! A part peut-être les anciennes ... ».

Madame le conseiller Nicole GIRONA :

« J'apprends quelque chose aujourd'hui, parce qu'effectivement, en référé – je siège dans le cadre des ordonnances de référé, le maître mot c'est l'intérêt légitime ! »

Monsieur le conseiller Charles BADI :

« Il faut établir la preuve d'un fait dont dépend la solution du litige. Voyez le texte : le juge ne doit pas suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. Par conséquent, l'examen de la pertinence de l'offre de preuve est un préalable à l'octroi de la mesure. »

Madame le conseiller Nicole GIRONA :

« Il y a une jurisprudence qui dit que l'article 146 ne peut pas s'appliquer quand on est sur le fondement de 145. Mais effectivement, il faut qu'il y ait un rattachement de la demande d'expertise à la preuve. »

Maître ARNAUD :

« Tout cela suppose déjà que, dans l'assignation, les faits dont on veut établir la preuve soient articulés, ce qui n'est pas souvent le cas. Et ça je reconnais que c'est souvent de la responsabilité de l'avocat. Alors que l'avocat qui engage une procédure sur 145 devrait tout mettre en œuvre pour parvenir à un résultat plutôt que de tenter d'obtenir de l'expert qu'il trouve à son action un fondement juridique. C'est mon point de vue. Je suis assez légaliste dans l'application de l'article 145. »

~

Monsieur Constant VIANO prend la parole.

« Ces interventions ont été de très grande qualité.

Je remercie Jean AVIER d'avoir réuni à cette table des personnes hautement qualifiées pour parler de ce sujet.

Je remercie tous ceux qui sont venus assister à ce colloque, magistrats, avocats, experts comptables.

Je remercie Madame le Conseiller Nicole GIRONA d'avoir bien voulu accepter de présider ce colloque. »

REMERCIEMENTS

La Chambre régionale de la section Aix-en-Provence - Bastia de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice remercie :

- Madame la Première Présidente de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence Catherine HUSSON TROCHAIN pour le soutien qu'elle a apporté à l'organisation du colloque,
- Madame la Conseillère de la Cour d'appel Nicole GIRONA chargée de la relation avec les experts pour avoir bien voulu présider et animer le colloque,
- Monsieur le Vice Président de la C.N.E.C.J. Michel ASSE de sa présence,
- Monsieur le Président Hubert ROUX, Président de l'U.C.E.C.A.A.P, de sa présence,
- L'ensemble des Magistrats, Avocats, qui nous ont honorés de leur présence,
- Les conférenciers pour la qualité de leurs prestations,
- Les consœurs et confrères pour leur participation.

Nous remercions également tous les partenaires qui ont apporté leur soutien, leur aide matérielle et financière à l'organisation du colloque, principalement :

- Le Conseil régional de l'Ordre des Experts comptables Provence Alpes Côte d'azur Corse,
- La Compagnie régionale des Commissaires aux comptes,
- Le Centre de formation de l'Union des compagnies d'experts près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence
- Le journal « Les nouvelles publications ».