

OUVERTURE DU COLLOQUE

Modérateur : Jean-François JACOB, expert près la Cour administrative de Marseille p. 2

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

Bruno PIREYRE, Premier Président Chambre Civile près la Cour de cassation p. 4

Dominique GAILLARDOT, Premier avocat général près la Cour de cassation p. 8

Jérôme GAVAUDAN, Président du Conseil National des Barreaux p. 12

Annie VERRIER, Président du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice p. 16

POURQUOI CE THÈME ?

Vincent VIGNEAU, Conseiller à la Cour de cassation p. 22

TABLES RONDES

1- Secret Relatif

- Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice p. 29
- Fabrice DELBANO, Conseiller à la Cour de cassation p. 33
- Jean-Pierre LUCQUIN, Président Honoraire du Tribunal de commerce de Paris p. 38
- Nathan HATTAB, Expert de justice honoraire près la cour d'appel de Paris p. 43
- Débats avec la salle p. 48

2- Secret Absolu

- Pierre LOEPER, Expert de justice agréé par la Cour de cassation p. 60
- Françoise HECQUET, Avocat au Barreau de Paris, membre du CNB p. 67
- Bertrand LUDES, Expert de justice agréé par la Cour de cassation p. 71
- Sylvie MENOTTI, Juge titulaire près la Cour de justice de la République p. 74

SYNTHÈSE ET CONCLUSION

- Patrick DE FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris p. 81

Jean-François JACOB
Expert près la Cour
administrative d'appel de
Marseille, Haut Conseiller du
CNCEJ



Mesdames et Messieurs les présents, c'est-à-dire ceux qui sont là, et les distanciels, puisqu'il y en a 550 et qu'il faut bien utiliser ce néologisme que nous n'utiliserons plus l'année prochaine, je l'espère.

Monsieur le Président de la deuxième Chambre civile, vous remplacez Madame Chantal ARENS, la première Présidente, aujourd'hui à l'étranger pour un voyage officiel. Nous vous remercions, Monsieur Bruno PIREYRE, de confirmer l'intérêt constant que porte la haute juridiction à nos travaux.

Monsieur le premier Avocat général auprès de la Cour de cassation, Monsieur Dominique GAILLARDOT, remplaçant Monsieur le procureur général François MOLINS, empêché. Vous devenez en quelque sorte un habitué de notre réunion pour notre plus grand profit à tous. Ce n'est un secret pour personne, je sais que vous avez accepté avec chaleur et même enthousiasme de venir, merci particulier.

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, présents comme derrière les écrans, en cette période d'accroissement de vos charges, votre présence constitue une marque de reconnaissance à laquelle les organisateurs de cette manifestation sont particulièrement sensibles.

Monsieur le Président du Conseil National des Barreaux, Maître Jérôme GAVAUDAN, vous avez tenu à confirmer que les relations entre avocats et experts ne se limitent pas à cette réunion annuelle, CNB-CNCEJ. Sur votre demande, et c'est pour nous experts un signal très fort, vous avez souhaité que la charte signée le 15 septembre 2005 entre les avocats et les

experts soit actualisée. Elle sera signée ici même sur cette table juste avant l'ouverture de nos travaux. Elle sera ensuite diffusée selon les modalités propres à chacune de nos institutions, aux présidents de compagnie et aux bâtonniers, lesquels s'en saisiront et l'adapteront, si besoin est, aux particularités régionales.

Madame la Présidente du Conseil national des compagnies d'experts de justice, Madame Annie VERRIER, je sais que tu apportes quant à toi le message de la psychologue que tu es, regard tout à fait éclairant sur les mots, leur combinaison et les ressentis. Parce qu'une expertise, ce n'est pas que du droit et de la technique, c'est aussi de l'humain avec ses grands et ses petits secrets.

Mesdames et Messieurs les avocats, Mesdames et Messieurs les experts, vous êtes aussi nombreux que les années précédentes, si l'on compte bien évidemment les distanciels. Et en le dévoilant, je ne trahis pas un secret, ce secret nous y sommes tous un jour ou l'autre confrontés qu'il soit absolu ou relatif.

Enfin, pour en terminer, je voudrais saluer l'action constante et inlassable de quatre personnes, qui sont toujours dans l'ombre. Nathalie BEDU, du CNCEJ, Vanessa CHAULVET du CNB, Delphine DUPUY-DUPIN, qui remplace Jeanine MANRIQUE, que beaucoup d'entre vous ont connue et qui a pris sa retraite après 22 ans de bons et loyaux services au sein du CNCEJ. Et Céline PREVEL du CNB, notre incomparable assistante du groupe de préparation.

À toutes et à tous, ainsi qu'à vous les présents, un grand merci.

Monsieur Bruno PIREYRE, si vous le voulez bien, vous avez la parole.

Bruno PIREYRE

Premier Président de la
deuxième Chambre civile de
la Cour de cassation



Madame la Présidente du Conseil national des compagnies d'experts de justice,
Monsieur le Président du Conseil national des barreaux, cher Jérôme,
Messieurs le premier avocat général, conseiller doyen, conseillères et conseillers auprès de la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les experts de justices,
Mesdames et Messieurs les avocats, chers Maîtres, chers collègues,
Mesdames et Messieurs,

La première Présidente de la Cour de cassation, vous l'avez évoquée il y a un instant, à cœur, je le sais et je le redis ici, de vous exprimer par ma voix son regret de ne pouvoir ouvrir elle-même vos travaux de cet après-midi ; elle est à l'étranger pour une rencontre avec ses homologues à l'échelon européens. Vous savez l'attention fidèle qu'elle porte à vos rencontres pour que je n'ai pas à y insister.

Prenant ainsi par représentation, peut-on-dire, sa place en préambule de ce onzième colloque placé, comme les années précédentes, sous le signe des bonnes pratiques des avocats et des experts qui en sont l'une des raisons d'être, je n'en éprouve pas moins, permettez-moi de vous le dire, à titre personnel, un intérêt aiguisé qui n'est pas de commande à me retrouver avec vous cet après-midi.

La raison s'en impose à l'esprit, je crois. Elle tient tout entière, par-delà le choix judicieux des thèmes d'étude qui se succèdent d'une année à l'autre, à ce que vos rencontres investissent, avec un succès reconnu, la vaste zone, sans doute encore insuffisamment visitée où croisent, pour les besoins de l'œuvre de justice, dans le champ du procès ou à ses avant-postes, selon le cas, la pratique du droit d'une part, les investigations, analyses et conclusions qui procèdent des sciences et techniques appliquées d'autre part. Pour le dire autrement, vous campez avec raison au cœur de ce champ que l'un des plus grands historiens français du droit romain, le regretté Yan THOMAS, appelait les opérations du droit. Où tout à la fois s'alimente et se détermine, pour une grande part du moins, ce processus de qualification, passerelle subtile, mais fragile aussi, entre les faits et la norme, qui guide la solution du litige. C'est assez dire la fertilité du terrain des confrontations de vos approches et de vos expériences respectives.

On ajoutera que ce faisant, vous repoussez avec discernement, je crois, la frontière de ce que l'on dénomme être la communauté des juristes – ce concept d'inspiration anglo-saxonne qui, un peu partout en Europe a pris place et sens ces dernières années – pour y rattacher, c'est ce que vous faites, sinon y inclure, avec la figure de l'expert de justice, une nouvelle catégorie d'acteurs que je crois bienvenus. La qualité et l'éclectisme des intervenants de cet après-midi, on le voit bien, en porte témoignage.

Quelques mots seulement, sans le déflorer, non s'en faut, sur le sujet qui nous réunit puisqu'il va être sondé, exploré, retourné à l'envie au long de cette demi-journée. Si l'on devait l'approcher en s'efforçant à la raisonnable distance qui, dit-on, est l'attribut de Cyrus, que pourrait-on dire ? Ou encore, si l'on préfère, quelles idées directrices, quel fil conducteur économe de mots s'entend, pourrait en rendre compte ? Il me semble que l'on devrait privilégier sous un horizon de deux ou trois décennies, pas d'avantage, le constat d'un double mouvement contribuant par leur conjonction à une évolution substantielle de l'office du juge en ces matières, dont je présume sans grand risque, je crois, qu'ils occuperont les uns comme les autres une place sensible dans les échanges de ce jour.

En premier lieu, les secrets qu'a construits et consolidés le droit français du XIX^e siècle et au cœur de ceux-ci le secret de la vie privée et familiale, tout à la fois reçoivent le solide renfort d'une protection supra législative. J'évoque ici la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, intégrée de longue date dans le bloc de constitutionnalité. Et une protection européenne, article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, articles 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais, dans le même temps, ces secrets, vous le savez, se relativisent ou, si l'on préfère encore, cessent d'être inconditionnels et illimités.

Cette relativisation s'opère par la loi bien sûr qui, dans un objectif tenant pour l'essentiel à des nécessités répressives – mise à jour d'infractions, rassemblement de preuves s'y rapportant – ou à un impératif de transparence – en particulier la transparence de la vie publique – selon le cas impose une obligation de révélation, procure à son débiteur une dispense du respect de son secret médical, bancaire, de la confession ou encore instaure des obligations déclaratives.

Sur un plan différent, cette relativisation s'accomplit aussi beaucoup par la jurisprudence de notre Cour qui, dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'homme, admet à des conditions très précisément déterminées que l'exercice de la liberté d'expression peut justifier des atteintes à la protection de la vie privée, dans la stricte mesure nécessaire « à une contribution, à un débat d'intérêt général ».

Tenons-nous-en, si vous le voulez bien, à ces généralités en nous bornant à ajouter que ce recul de l'étendue et de la portée des secrets est admis par le juge européen des droits de l'homme « dans la mesure qu'implique l'existence d'un besoin social impérieux ».

En deuxième lieu, le droit de la preuve se transforme ou plutôt, il s'enrichit par addition. De longue date, la structure et le contenu de notre Code civil le montrent bien dans ses articles 1353 et suivants. Le droit de la preuve consistant en une définition catégorisée des modes de preuve en une détermination de leur admissibilité et enfin en une articulation de leur mise en œuvre gouvernée, hors le cas de différentes exceptions légales, par le principe de la liberté de la preuve. Je me réfère ici, vous l'aurez compris, à l'article 1358 du Code civil.

Oui, mais, voici que depuis une trentaine d'années, en droit européen d'abord, dans la jurisprudence de la Cour de cassation plus récemment, émerge ce qui constitue clairement un paradigme supplémentaire désigné sous le nom de droit à la preuve. Placé sous les auspices des articles 6 paragraphe 1, vous le connaissez, c'est le droit au respect au procès équitable et 13, le droit à un recours effectif de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce droit à la preuve est défini avec constance en droit européen des droits de l'homme comme « le droit à bénéficier d'une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris les preuves, dans des conditions qui ne placent pas l'intéressé en net désavantage par rapport à son contradicteur ».

En troisième et dernier lieu, et je vais en finir là, il entre de plain-pied dans l'office du juge de réaliser une conciliation entre les nécessités en conflit, osons le mot, de la préservation des secrets et du droit à la preuve. Le mode opératoire que ce juge emprunte à cet effet doit l'amener à « assurer un juste équilibre entre les intérêts en jeu, entre la protection adéquate du secret de la vie privée et du secret de la correspondance par exemple, d'une part, le droit à la preuve d'autre part ». Cette citation est issue d'un arrêt assez fondateur dans la reprise qu'il fait de ces notions, celui de la CEDH du 7 septembre 2021 MP contre Portugal. Le juge de l'Union européenne, cette fois-ci, son voisin si j'ose dire, formule des règles analogues. Ainsi, appelé à se déterminer sur les conditions d'application de l'article 8 de la Directive 2004-48, il indique « elle exclut une conception illimitée et inconditionnelle du secret bancaire » que ce juge européen regarde comme « incompatible avec un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux mis en balance parmi lesquels le droit à un recours effectif et le droit de propriété industrielle ». C'est un arrêt bien connu du 16 juillet 2015 Coty Germany GmbH considérant numéro 39.

Je finis en vous disant que, enfin, pour me rapprocher au plus près du cadre de l'expertise qui vous occupe plus particulièrement, j'évoquerai pour clore mon propos l'application qu'une jurisprudence désormais soutenue de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation fait de cette grille en matière de mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile. Vous aurez à l'esprit que la mesure d'expertise est l'une de ces mesures d'instruction *in futurum*, ainsi que nous l'indique l'article 232 du Code de procédure civile. Recourant à ce que l'on dénomme cette balance des intérêts, que l'on peut aussi regarder comme une forme très simplifiée de contrôle de proportionnalité, notre chambre affirme en principe « il résulte de ce texte (l'article 145) que constituent des mesures légalement admissibles, des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe dès lors au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Je cite ici un arrêt de notre chambre du 25 mars 2021, Société Sud radio contre Médiamétrie, très largement commenté dans la presse juridique.

Puisse, Madame la Présidente, ce simple aperçu contribuer, à sa modeste mesure j'en conviens, aux riches débats qui s'annoncent. Je vous remercie de votre attention.

Dominique GAILLARDOTPremier Avocat général auprès
de la Cour de cassation

Madame la Présidente du Conseil national du CNCEJ,
Monsieur le Président du CNB, mon cher Bruno,
Mesdames, Messieurs,

Je me félicite d'être à nouveau parmi vous pour l'ouverture de ce colloque et je tiens à remercier plus particulièrement tous ceux qui ont contribué à la préparation de ce colloque. Pour tout juge qui doit trancher une affaire, cette affaire est un ensemble d'allégations que des preuves doivent étayer. La preuve, c'est cet élément objectif qui rend l'assertion tangible, elle l'érige en fait qui devient même le support sur lequel le droit va pouvoir se fixer et le raisonnement juridique se déployer sans risquer de perdre appui. Parce qu'elle permet que les droits en cause produisent leurs effets autant qu'elle scande le déroulement du procès, la preuve est à la croisée du droit substantiel et du droit processuel.

En matière civile, c'est-à-dire accusatoire, c'est aux parties bien sûr, on le sait tous, qu'il incombe, en rapportant toutes les pièces, de reconstituer la mosaïque des faits correspondant au récit de leur histoire. En matière pénale, c'est-à-dire inquisitoire, cette reconstitution plus importante, car elle concerne l'intérêt collectif, échoit au ministère public, au juge d'instruction, aux enquêteurs qui disposent à cet effet de prérogatives efficaces, voire parfois intrusives. La preuve rencontre de nombreux obstacles matériels, l'intimité, les destructions, le dépérissement, autant de facteurs qui créent parfois un certain hiatus entre la vérité judiciaire et la vérité factuelle.

L'établissement de la preuve s'inscrit enfin dans un cadre juridique, ainsi de sa légalité ou de la loyauté qui doit présider, notamment quand il convient de ménager le respect des droits fondamentaux, à commencer par le droit à la vie privée des individus auxquels cette recherche peut porter atteinte. À ce titre, la preuve est susceptible de se heurter au secret telles deux forces qui s'opposent. Entre la recherche de la preuve et le secret, c'est donc de compromis qu'il s'agit. Tantôt la preuve est à l'épreuve du secret, tantôt le secret est à l'épreuve de la preuve.

Le secret s'oppose à la preuve, il paraît être l'obstacle qui interdit d'accéder à la vérité des faits. Cependant, le secret dans bien des domaines est nécessaire. Non seulement protège-t-il son bénéficiaire immédiat, mais il transcende les intérêts individuels, comme le soulignait dans un style un peu dépassé, à une autre époque, Émile GARCON, le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leurs missions si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion, que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié.

Ce secret est pluriel. Cette pluralité s'exprime d'abord sur le plan quantitatif. Les secrets scellent une information en de nombreuses matières, comme l'illustre le secret des sources journalistiques, le secret de la défense nationale, le secret bancaire, les variantes du secret professionnel, le secret médical, le secret des affaires, le secret des avocats, le secret des notaires, etc., etc. Cette pluralité s'observe ensuite sur le plan qualitatif. Les secrets sont d'intensité différente selon l'objet auquel ils s'appliquent. Le secret n'en déploie pas moins des effets tous inspirés d'une même logique. En amont, il s'agit d'un obstacle dirimant à toute demande de preuve, tant sur le plan de l'objet que du mode de preuve qu'il peut paralyser. En aval, la sanction de sa violation est potentiellement triple. Sa révélation, notamment pour le secret professionnel, est incriminée. Elle peut ensuite donner lieu, en tant que fait générateur de responsabilité civile, à l'indemnisation d'un préjudice qui serait susceptible d'en résulter. Elle peut conduire enfin à la nullité de certaines pièces.

Et ce secret demeure relatif, lui-même de plus en plus éprouvé par l'impératif probatoire. Cette relativité est issue notamment de la nécessité des investigations au pénal. Le secret s'amointrit nécessairement lorsque les intérêts en jeu dépassent la simple faculté pour un individu d'apporter la preuve nécessaire au succès de ses prétentions, mais entrer à la répression d'infractions pénales qui pèsent plus lourd en sa défaveur. Par conséquent, en procédures pénales, l'impératif de recherche de la vérité prééminent peut conduire à la saisie de certains documents que l'on pourrait penser couverts par le secret. Un régime strict le tempère cependant. Il existe d'abord, on le rappellera, par exemple pour les enquêteurs, pour les OPJ, pour le magistrat qui doit veiller à provoquer toute mesure utile pour que soit assuré le respect du secret professionnel.

Un principe de nécessité aussi s'impose, voire de proportionnalité, qui peut régir les investigations qui sont entourées de précautions particulières et variables selon l'objet du secret. Ainsi, la loi du 29 juillet 1881, telle que réformée en 2010, prévoit qu'il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources, l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie.

Plus encore, la force du secret professionnel s'accroît lorsqu'il est fondé sur le droit de la défense. À ce propos d'ailleurs, l'actualité est féconde. Ainsi, la Chambre criminelle a jugé le 18 janvier 2022 que la saisie de documents dans les locaux de la CARPA était nulle si elle n'était précédée d'une décision écrite suffisamment précise. Ou encore, la jurisprudence veille à ce que le champ du secret ne soit pas comprimé jusqu'à le vider de sa substance. Ainsi, la chambre criminelle a également jugé en janvier 2022 que la confidentialité des correspondances de l'avocat ne portait pas que sur les lettres et autres consultations matériellement échangées entre l'avocat et son client, mais s'étendait à tout document qui reprend leur contenu, quel que soit le support.

Inversement, le secret de défense nationale peut constituer un obstacle infranchissable en tant que secret et objectif ; seule la déclassification de l'information à l'initiative de l'État permettant d'en faire une preuve.

Cette relativité est renouvelée par l'affirmation d'un droit à la preuve, comme il vient d'être souligné. Le droit de la preuve est au centre de nombreux impératifs ou intérêts contradictoires. Il est au centre du litige, de ce qui oppose les parties. La recherche de la preuve va se confronter à des principes fondamentaux tel le respect de la vie privée ou le droit de propriété. Il se heurte à des secrets tels le secret des affaires, le secret médical ; on vient d'en parler. Sous un prisme plus contemporain, le secret doit, même s'il est teinté d'intérêt général, être mis en balance avec un autre droit subjectif d'égale valeur, le droit à la preuve de nature procédurale et dont la dimension est également collective.

Le droit à la preuve défini par le Professeur GOUBEUX comme le droit de produire les preuves que l'on détient, partie intégrante du droit de se faire écouter de son juge, est un droit naissant et en croissance, qui tend de plus en plus à remporter ces duels contre les secrets, sous l'influence croisée de la CEDH, de la CJE et des juridictions, à commencer par la Cour de cassation.

En effet, le secret ne résiste plus toujours à la nécessité de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, que la Cour de Strasbourg rattache aux exigences du procès équitable.

La Cour de cassation, on vient de le souligner, impose par exemple en matière de droit des affaires, de secret des affaires, en ce qui concerne les mesures d'instruction *in futurum*, de rechercher si l'atteinte portée au secret des affaires était limitée aux nécessités de la

recherche des preuves en lien avec le litige et n'était pas disproportionnée au regard du but poursuivi. Ainsi, désormais, un élément privé et un élément secret ne présentent plus de différence de nature, mais seulement de degré. En ce sens où le second sera lui aussi relativisé par la balance des intérêts, sur laquelle il pèsera simplement plus lourd à défaut de s'imposer toujours.

Les interrogations sont ainsi multiples. C'est le propre du juge et de la jurisprudence que d'arbitrer entre ces divers impératifs, de trouver le point d'équilibre entre la recherche de la preuve et le respect des droits fondamentaux. Mais il me paraît important, et ce sera l'objet de vos groupes de travail, de préciser, je m'adresse là plus précisément aux experts, comment l'expert trouve sa place dans cette confrontation entre principes qui, à première vue, peuvent paraître souvent contradictoires ? Quelle portée donner au droit de la preuve face au secret ? À quel équilibre parvenir à l'ère de la transparence entre ce qui est dit et ce qui doit être tu ? Jusqu'où le secret peut-il se réduire sans n'être plus rien ? Jusqu'où peut-il se développer sans faire échec à la recherche de la vérité ou de l'établissement des faits ? C'est la réponse que vous allez chercher au cours des travaux de cet après-midi.

Cette problématique renvoie directement à l'exercice de l'expertise, puisque l'expert est bon gré mal gré, au centre de ces oppositions, de ces conflits de valeur quand une partie ou un tiers vient lui opposer tel ou tel secret. Pour surmonter ces difficultés, vous ne pouvez que vous raccrocher aux principes qui fondent votre mission :

- impartialité et indépendance vis-à-vis de tous, et notamment des parties ;
- respect du principe de loyauté ;
- respect du contradictoire.

Le respect du contradictoire ne veut pas simplement dire communiquer tout élément aux parties, mais aussi être capable d'entendre les éléments qui vous sont opposés, quitte à faire trancher toute difficulté par le juge.

Mais c'est aussi par la formation, c'est-à-dire en ayant la connaissance des contours et limites de chacun de ces secrets, que l'expert sera à même d'affronter ces difficultés. Ce colloque y participe, me semble-t-il, directement. Je vous souhaite donc des débats fructueux à l'occasion de cette journée.

Jérôme GAVAUDAN

**Président du Conseil national des
barreaux**



Chère Madame Annie VERRIER, Présidente du CNCEJ,
Cher Monsieur le Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, cher Bruno
PIREYRE,

Je vous salue particulièrement parce que vous êtes un ami de la famille judiciaire. Vous le montrez par votre présence ici, vous le montrez avec les relations que vous entretenez avec tous les membres de cette famille judiciaire. Sans doute aussi par votre jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Et parmi cette famille judiciaire, il y a les experts qui sont ici réunis cet après-midi.

Monsieur l'Avocat général doyen, premier avocat général, je salue aussi et je suis très heureux de pouvoir participer avec vous à cet après-midi.

Mesdames et Messieurs les hauts Magistrats et autres personnalités,

Madame la vice-présidente élue du Conseil national des barreaux, chère Marie-Aimée PEYRON,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil national des barreaux,

Je vois Françoise HECQUET qui participera à une table ronde tout à l'heure sur le délicat sujet du secret professionnel des avocats.

Chers confrères, chers amis, Mesdames et Messieurs les experts,

Je me réjouis, Madame la Présidente, que nous puissions aujourd'hui continuer le travail entamé par nos deux institutions en 2005. Et je vous remercie vraiment de la qualité renouvelée de ce partenariat. J'ai le souvenir que l'année dernière, nous étions ici pour votre assemblée et la nôtre au Conseil national des barreaux, et je vous avais dit, « mais vous fixez l'assemblée le même jour que nos Assemblées générales du Conseil national. Si vous faites différemment, je pourrais être présent ». Vous l'avez fait, et je vous en remercie, ce qui me permet d'être présent à vos côtés.

Ce rassemblement, chers amis, est la vitrine de la collaboration réussie entre le CNCEJ et le Conseil national des barreaux, formalisée par la signature dès 2005 de recommandations sur le bon usage entre avocats et experts judiciaires, et en 2007 la signature d'un protocole d'accord sur la dématérialisation. Les choses avancent, peut-être lentement, mais symboliquement, c'était important de le faire et nous l'avons fait.

Ce sont donc dix-sept années de coopération utile et efficace pour promouvoir ces bons usages. À cette occasion, vous l'avez dit, Monsieur JACOB, tout à l'heure, nous allons signer une nouvelle charte de bons usages renouvelée, actualisée entre experts et avocats et je m'en réjouis. Nous sommes tous réunis aujourd'hui par un thème de travail à l'ambition très élevée, je trouve, la preuve à l'épreuve des secrets. A la place qui est la mienne, celle du Président de l'institution nationale qui représente 71 000 avocats français, ce thème est en soi une mise à l'épreuve. Je ne fuirai pas l'obstacle, mais n'attendez pas non plus que je le contourne.

L'avocat que je suis, les avocats que je représente ont beaucoup de mal à accepter, pour ce qui les concerne, que l'on puisse évoquer une question de relativisme lorsqu'il s'agit du secret professionnel de l'avocat. Je vous laisserai étudier la question pour le secret professionnel pour le secret des affaires, celui de l'instruction, le secret des sources, le secret médical, le secret de l'expert judiciaire.

Mais pour les avocats, nous disons et redisons que ce secret professionnel est absolu. Absolu dans son périmètre et pour ceux qui ont suivi, nous en avons longuement débattu la fin de l'année dernière, au moment de l'adoption du projet de loi Confiance porté par Éric DUPONT-MORETTI, garde des Sceaux, notamment sur l'introduction ou l'aménagement du secret professionnel au sein du Code de procédure pénale. Absolu dans ses effets, absolu dans son opposabilité.

Et tout cela, nous ne le portons pas parce que nous en faisons un étendard, un dû pour les avocats ou une activité commerciale, une garantie pour nos clients, mais nous l'évoquons, parce que pour nous, ontologiquement, mais pour vous aussi sans doute, ce secret de l'avocat ne nous appartient pas, il nous dépasse, il nous oblige. Il nous fait souffrir parfois, mais il l'est ce qu'il est et nous le vénérons. Car ce secret, c'est avant tout celui de nos clients.

Et pour les avocats, toute mise à l'épreuve du secret, du conseil comme celui de la défense, est une souffrance et en constitue une violation. Violation de notre déontologie, violation de nos principes essentiels ancestraux, violation aussi du droit dans les conditions de la jurisprudence qui a été évoquée à l'instant.

Et bien sûr, cette sacralisation ne permet pas à l'avocat d'éviter la sanction, d'être sanctionné ou de pouvoir se protéger lorsque notamment il serait auteur ou complice d'une infraction. Mais sans ce caractère absolu du secret, il ne peut pas y avoir de recherche de preuves efficace qui serait conforme aux principes républicains et au droit. En fait, aucun avocat ne pourrait, ne saurait fondamentalement s'y associer. Il faudra donc, dans vos débats, vous méfier du pragmatisme et de l'utilitarisme.

Les deux exposés qui ont été faits par les plus hauts magistrats de France sont de bon augure, évoquant la question de proportionnalité, rappelant l'historique, rappelant la jurisprudence. Il faudra, il faut, Mesdames et Messieurs, dans le quotidien de vos activités, vous méfier de l'utilitarisme. Certains seront peut-être tentés de vous expliquer que le secret professionnel de l'avocat vient perturber la recherche de la vérité et que la nécessité de rassembler des preuves l'emporterait sur la confidentialité dont les avocats sont les dépositaires. Mais il faut bien ici rappeler que les principes ne sont pas pragmatiques et qu'ils sont aussi par essence difficiles à manier. Et que si ces principes existent, ce n'est pas pour rendre la vie plus simple, mais parfois pour la rendre plus compliquée, mais pour la bonne cause. Pour préserver une valeur supérieure à celle de la technicité de la recherche de la preuve, le respect du secret professionnel de l'avocat est essentiel.

Oui, nous pouvons constater, comme vous tous, nous autres avocats, que le respect de ces grands principes, que la valeur supérieure de notre secret professionnel, ne facilite pas toujours l'administration de la preuve, particulièrement en matière pénale. Et j'oserai dire tant mieux, l'avocat est là pour défendre ; tout citoyen a le droit d'être défendu. Le respect du secret de l'avocat est essentiel pour nous tous. Et que la preuve aille s'administrer ailleurs que dans nos cabinets. A bon entendeur, salut.

La confrontation de l'administration de la preuve au secret professionnel de l'avocat n'est-elle pas un aveu de faiblesse de celui qui l'administre ? La preuve ne peut pas se construire contre. La preuve ne peut pas toujours opérer ou justifier le contournement des principes, car la preuve n'est rien sans une forme d'assentiment des parties et plus l'administration de la preuve sera violente – mais vous le savez lorsque vous êtes dans vos opérations d'expertise – plus l'administration de la preuve sera tangente avec des principes de l'État de droit, moins les parties consentiront à l'œuvre de justice qui est en train, dans l'expertise, de se tisser sous leurs yeux.

D'après une étude menée en janvier par le Conseil national des barreaux et l'Institut IFOP, deux tiers de nos compatriotes n'ont plus confiance en la justice. Ce sont les mêmes éléments qui ont été sondés dans le cadre de la phase préliminaire des États généraux de la justice lancés par le Président de la République en novembre dernier. Et donc, il faut les entendre. Avocats, juristes, experts, devons entendre nos concitoyens.

La preuve ne peut pas justifier que l'on sape encore un peu plus cette confiance. À nous, à vous, chers amis, de sauvegarder cette confiance, de la faire progresser, car vous et nous sommes, comme je l'ai indiqué tout à l'heure, membres de cette belle famille judiciaire, parce que nous aimons l'œuvre de justice. Cette confiance du client dans son avocat, du justiciable dans son juge, du justiciable envers l'expert, du citoyen dans sa démocratie, c'est à cela que nous concourons tous, ne l'oublions pas. Merci.



Annie VERRIER

Présidente du Conseil National
des Compagnies d'Experts de
Justice



Monsieur le Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation,
Monsieur le Premier avocat général auprès de la Cour de cassation,
Monsieur le Président du Conseil national des barreaux, cher Jérôme,
Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,
Mesdames et Messieurs les hautes personnalités,
Madame la Vice-présidente du Conseil national des barreaux, qui nous a accompagnés pour la charte et pour le colloque, merci à vous,
Mesdames et Messieurs les avocats,
Mesdames et Messieurs les experts,

Comme chaque année, l'équipe CNB CNCEJ, animée avec passion par Jean-François Jacob, a préparé avec soin ce colloque, pour un programme d'extrême qualité. Et vous ne vous y êtes pas trompé puisque vous êtes très nombreux en distanciel, et également en présentiel dans cette salle de la Maison de la chimie. Je remercie vivement tous les intervenants pour leur participation et ce qu'ils vont nous apporter, avec des éclairages différents et complémentaires. Trois mots forts sont les ingrédients de ce que nous allons déguster cet après-midi : preuve, épreuve et secret.

Qu'est-ce qu'une preuve ? De façon générale, une preuve est une proposition permettant d'assurer qu'une autre proposition est vraie, en accord avec la réalité. La démonstration d'une preuve suppose que les prémices soient vraies et que le raisonnement soit formellement valable. Une observation peut être considérée comme scientifiquement valable si elle est mesurable et reproductible. Cependant, dans la vie courante, nous faisons appel à des observations qui n'ont rien de scientifique au sens strict du terme, mais qui sont néanmoins convaincantes et constituent des preuves empiriques tout à fait valables. Dans le domaine juridique, lorsqu'il s'agit d'établir la culpabilité d'un accusé, il peut y avoir ainsi recours à la fois à la preuve par l'explication, aux preuves empiriques comme le témoignage, et aux preuves herméneutiques, le mobile éclairant les comportements.

Lorsqu'il s'agit de comprendre les phénomènes humains, on ne peut totalement se dispenser de chercher leur sens et, derrière les explications, de faire une interprétation d'où ressortiront les intentions.

Le concept d'épreuve, quant à lui, renvoie à une étape, une expérience difficile de la vie en lien avec la tradition humaniste des problématisations de soi et de l'analyse existentielle, mais également avec l'expérimentation scientifique et la philosophie pragmatique, à la capacité de l'épreuve à trancher une controverse. C'est par l'objectivité, la preuve et l'épreuve, mathématique ou expérimentale que s'instituent la vérité et la réalité dans la représentation scientifique moderne.

L'importance pour la connaissance scientifique de la notion de preuve et d'épreuve persiste dans un monde marqué actuellement par les changements importants qui l'animent et qui semblent de plus en plus complexes à appréhender.

Si parfois des preuves décisives font défaut, la science moderne est toujours censée décrire ce qu'est la réalité, même si les psychologues et les sociologues ont montré qu'il existe différentes manières de se rapporter à la réalité. Dans ce cadre, l'important n'est plus le vrai, mais ce qui est tenu pour vrai et pourquoi, et l'actualité nous en fournit des exemples tous les jours.

Ces critères, qui peuvent être associés à la notion de vérité, interpellent sur le rapport de celle-ci au troisième mot choisi pour ce titre. Et pour le définir, je ne résiste pas au plaisir de reprendre la définition sous forme de charade qu'en a donnée Anne DUFOURMANTELLE, qui est docteur en philosophie et en psychanalyse, dans un ouvrage *La défense du secret*.

Mon premier est un trésor

Mon second est un poison

Mon troisième est le propre des dieux

Mon quatrième est la nature du cosmos

Mon cinquième peut être ce dont on hérite et qu'on lègue à son insu

Mon sixième est la condition de la séduction

Mon septième est l'adversaire de la transparence et l'allié de la vérité

Mon huitième peut gâcher une existence

Mon neuvième est ce qui permet l'exercice du pouvoir

Mon dixième est synonyme de liberté

Mon onzième est ce que l'on veut savoir

Mon douzième peut être ce qu'il est sage de ne pas vouloir savoir

Mon treizième est le garant de la vie

Mon tout est...

Cette définition me semble pouvoir résumer toute la richesse et les difficultés liées à la notion de secret.

« Je vais te confier un secret, mais jure de ne le répéter à personne ». Nos premiers secrets s'articulent à l'infantile, aux cours de récréation de nos premières années d'école. Ils s'adressent à notre meilleur ami ou aux parents. « Maman, j'ai un secret, j'ai un amoureux ». Ces secrets positifs peuvent se poursuivre à la vie adulte par des confidences à un conjoint ou à un proche, un journal intime, la préparation d'une surprise. Un secret est ainsi une information importante que l'on souhaite délibérément garder cachée ou ne partager qu'avec une ou des personnes choisies. La psychanalyse Piera AULAGNIER, dans un article intitulé *Le droit au secret, condition pour pouvoir penser*, indique que la capacité à choisir ce que l'on dit et ce que l'on garde secret est fondamentale pour le fonctionnement du jeu. Découle de cela le risque d'un déséquilibre psychique lorsque le sujet se dépossède trop vite de ses secrets, se met à nu, au risque de décevoir l'autre, d'être vulnérable ou quand il en est dépossédé, pouvant alors se sentir trahi lorsque l'information est transmise à autrui, à son insu.

Les objets de secret sont multiples. Ils concernent la vie personnelle, les actes ou les désirs moralement répréhensibles, les histoires de famille, mais également la vie publique ou politique. On veut garder le secret pour différentes raisons. Culpabilité, honte de la pensée ou de l'action, protection d'un proche d'une vérité pénible. Mais ils peuvent aussi permettre la connivence, comme le fameux secret de polichinelle.

Son statut est différent s'il s'agit d'un secret que le sujet connaît et ne peut ni ne veut dévoiler, d'un secret ignoré de lui-même ou s'il est constitué, comme les secrets de famille, par une transmission transgénérationnelle marquée du sceau de l'interdit et du non-dit. Il a une fonction de protection du sujet ou d'autrui, du jugement moral ou des conséquences concrètes et néfastes que la révélation du secret aura. Découle de cela la question : la vérité est-elle toujours bonne à dire ? Les avis peuvent diverger.

Divulguer un secret est souvent libérateur. Le même secret qui protège aujourd'hui peut torturer demain, mais le dévoilement de la vérité peut nécessiter une préparation et une réflexion sur la forme. Notamment lorsqu'il s'agit d'un enfant, par exemple, s'il doit connaître ce qui touche à ses origines, avec un discours qui doit être adapté à son âge. Bien sûr, qui a connaissance d'un secret menaçant l'intégrité physique et morale d'un enfant se doit d'agir immédiatement, dans un contexte où souvent le silence est maintenu par l'agresseur adulte qui menace l'enfant ou lui fait du chantage affectif et où l'entourage se refuse à voir la réalité.

Également complexe est la question du secret de famille, toxique par les conséquences sur ceux qui les subissent de manière insidieuse et dont ils perçoivent le poids. J'évoquerai à titre d'exemple celui d'une femme abusée par son père, qui s'angoisse pour sa fille préadolescente

lorsque celle-ci, dans le cadre d'une garde partagée, va au domicile paternel. Actuellement, on voit une tendance au dévoilement au grand jour des secrets de famille, à travers des livres confessions, des émissions de télé-réalité. Ces témoignages révèlent des traumatismes enfouis et l'envie de s'en décharger, mais peuvent entraîner des conséquences dommageables pour ceux qui les révèlent en les exposant sans filtre.

Dans notre société du tout numérique, de la transparence, où tout est accessible et le secret n'est plus sacré, est-il encore possible pour l'homme de résister aux réseaux sociaux où chacun s'expose et de conserver un secret ?

Conserver un secret est devenu suspicieux, pouvant être associé au mensonge, notamment en politique et dans la société civile. Le témoignage et la parole, étant perçus comme libérateur, cathartique, permettant de se sentir mieux.

En conclusion, je dirais qu'il est certainement important de garder, voire de cultiver son jardin secret. Et j'espère, sinon vous en avoir apporté la preuve, que cette réflexion ne fut pas une épreuve.



SIGNATURE DE LA CHARTRE

Avant la première partie des travaux, nous allons signer la charte actualisée. Annie VERRIER, Jérôme GAVAUDAN, je vous invite à venir signer le document, il s'agit d'une signature très officielle.

Cela a été dit, cette charte datait du 15 septembre 2005. Elle avait vieilli, la réglementation a changé, les pratiques ont évolué. Sur demande du Président GAVAUDAN, un groupe de réflexion conduit par Marie-Aimée PEYRON et moi-même, a travaillé, nous sommes réunis et tout s'est très bien passé.

Cette charte sera communiquée aux bâtonniers et aux présidents de compagnie et il appartiendra à ceux-ci soit de la valider régionalement, soit de l'adapter parce qu'il y a des régions avec a des particularités. Une charte cadre ne peut pas embrasser dans le détail toutes celles-ci.

Le document est signé.

Applaudissements de la salle.



Vincent VIGNEAU
Conseiller à la Cour de cassation



Merci, Jean-François.

Si j'en crois le programme, je devrais déjà avoir fini depuis trois minutes mon intervention qui est censée durer 15 minutes. Je peux réduire mon intervention puisque tout a déjà été dit et même très bien dit par mes prédécesseurs.

Mesdames, Messieurs,
Monsieur le Président,
Monsieur le Premier avocat général,
Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Madame bâtonnier,
Mesdames, Messieurs,

Je suis très heureux d'être parmi vous aujourd'hui et je tiens à féliciter les organisateurs pour le choix de ce sujet qui est la preuve à l'épreuve du secret, qui est un sujet complexe, délicat, mais qui est un sujet incontournable.

Le droit à la preuve présente un double aspect. C'est celui de produire une preuve que l'on détient et celui d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas. En principe, la preuve des faits est libre, vous le savez, de sorte que les parties, le procureur, la police peuvent démontrer leur existence par tout moyen. Mais comme toute liberté, cette liberté n'est cependant pas sans limite.

Quelques illustrations de cette règle, c'est l'article 9 du Code de procédure civile qui nous dit « il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de cette prétention ». Cette règle est même dupliquée dans le Code de procédure civile, elle fait partie des rares règles qui sont répétées à l'article 143 qui dispose que « les faits dont dépend la solution d'un litige peuvent faire l'objet de toutes mesures légalement admissibles ». Et la Cour de cassation en déduit que les juges ne peuvent fonder leur décision sur des preuves obtenues de façon illicite, par fraude ou par violence, ou de façon déloyale, ou ordonner une mesure d'instruction qui aboutirait à l'obtention irrégulière d'un moyen de preuve ou qui utiliserait des moyens interdits ou illicites.

La conciliation de la protection des secrets légalement protégés avec le droit de la partie qui entend rapporter la preuve d'un fait nécessaire au succès de cette prétention est délicate. Pourquoi ? Parce que le pouvoir du juge d'ordonner une mesure d'instruction ou d'accueillir un élément de preuve est limité par l'existence d'un motif légitime qui viendrait s'y opposer. Parmi ces motifs légitimes figure l'atteinte à un secret légalement protégé. Il en est ainsi avec des intensités variables, avec le secret des affaires, le secret bancaire, le secret médical, le secret des correspondances ou le secret de l'intimité de la vie privée.

Il est en effet toujours à craindre que la mise en œuvre de mesures d'instruction ne soit détournée de son objet pour se transformer en une sorte de chasse au trésor dans laquelle on viendrait instrumentaliser le juge pour atteindre des secrets légalement protégés.

Il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation fasse preuve de prudence dans ce domaine et se montre exigeante à l'égard des parties et des juges du fond. Pour autant, la Cour de cassation ne prohibe pas par principe le recours à une mesure d'instruction, une mesure d'expertise ou la production d'éléments de preuve qui seraient destinés à démontrer l'existence d'un fait normalement couvert par un secret ; le secret des affaires, le secret de la vie privée par exemple.

La Cour fait la balance entre des droits contraires, mais également protégés. Le droit de rapporter la preuve d'un fait essentiel au succès d'une prétention d'une part, et celui de protéger son intimité ou son secret d'autre part. Elle reconnaît ainsi, à travers cette balance des intérêts, un droit à la preuve suivant en cela le chemin tracé par la Cour européenne des droits de l'Homme, comme l'a très bien expliqué le Président PIREYRE tout à l'heure, qui reconnaît le droit de chaque partie de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves. Et la Cour de cassation en a déduit que « constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes, résultant du droit au procès équitable, le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un fait essentiel pour le succès de ses prétentions ».

Mais si la juridiction du quai de l'Horloge admet le recours à des mesures d'instruction ou la production de pièces pour emporter atteinte à des secrets protégés, c'est à condition que leur exercice soit indispensable et proportionné aux intérêts antinomiques en présence. Ainsi, le secret des affaires, le secret bancaire, l'intimité de la vie privée ne constituent donc pas en eux-mêmes des obstacles à la mise en œuvre des mesures d'instruction dès lors que le juge constate que cette mise en œuvre procède d'un motif légitime et qu'il est indispensable à la protection des droits des parties qui les a sollicités.

Qu'est-ce que ça veut dire : indispensable ? Ça veut dire d'abord que la mesure doit être utile. Utile, c'est-à-dire nécessaire à la résolution du litige. Deuxièmement, elle doit être nécessaire. C'est-à-dire qu'il doit y avoir un lien avec le fait à prouver, mais aussi qu'il n'existe pas d'autres moyens moins intrusifs d'obtenir la preuve du fait concerné. Mais cette démonstration du caractère indispensable nécessaire ne suffit pas. L'atteinte n'est justifiée qu'à la condition de ne pas être disproportionnée au but poursuivi. En ce sens n'est licite que la preuve qui est strictement nécessaire à la révélation des faits litigieux au regard des intérêts contradictoires. Autrement dit, plus l'atteinte au secret est forte, plus le droit dont dépend la preuve du fait recherché doit être important. On peut admettre une limitation substantielle du droit à l'intimité de la vie privée par exemple, mais à condition que ce soit indispensable pour assurer l'effectivité d'un droit au moins équivalent.

Cette appréciation du caractère proportionné s'apprécie au regard du degré d'intrusion dans l'espace légalement protégé. Un exemple connu, qui est ancien, de la Première chambre civile. Il s'agit de quelqu'un qui prétendait, à la suite d'un accident de la circulation, ne plus pouvoir marcher. Il est donc reçu par le médecin expert, le médecin lui dit « lève-toi et marche ». Le type dit « non, je ne peux pas me lever » et il obtient une provision devant le juge des référés. La compagnie d'assurances fait appel et, soupçonnant l'existence d'une simulation, elle le fait suivre par un détective privé. On est dans le sud de la France et on voit cet homme suivi par le détective privé et un huissier de justice qui, le matin, prend sa voiture, emmène ses enfants à l'école, va faire des courses, porte une bonbonne de gaz dans le coffre de sa voiture et va rejoindre ses amis au bistrot, boire un verre de Ricard et jouer à la pétanque. Le tout a été filmé par un détective et un huissier de justice. La question était de savoir si l'atteinte à la vie privée n'était pas excessive. Il a demandé au juge de retirer cette preuve des débats, car cela portait atteinte à sa vie privée.

En fait, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui a refusé d'écarter cette preuve. Pourquoi ? Parce que l'huissier s'était borné à filmer l'intéressé sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation à s'y rendre et le montrant dans des actes de grande banalité et relative aux seules mobilités de l'intéressé.

Et donc la Cour de cassation, dans cette affaire, admet la licéité d'un mode de preuve réalisé à l'insu de l'assuré, en s'immisçant dans sa vie privée, mais parce que l'assureur n'avait pas d'autres moyens pour établir que son adversaire ne se trouvait pas dans la situation de dépendance dans laquelle il soutenait être et qu'il s'agissait de constater, depuis un lieu ouvert au public, des actes ordinaires et anodins de la vie privée.

L'atteinte à la vie privée de l'assuré était donc modérée, puisqu'elle était limitée à des investigations destinées à rassembler la seule preuve de faits relevant certes de la vie privée de l'assuré, mais publique et strictement nécessaire à la preuve du fait recherché. Elle n'était donc pas disproportionnée avec la protection de droits purement patrimoniaux de l'assureur et des intérêts de la collectivité et des autres assurés.

En revanche, des atteintes plus intrusives allant au-delà de ce que la nécessité probatoire le nécessite, ont été considérées comme une atteinte excessive au droit à l'intimité et écartées des débats. Je ne vais pas prendre tous les exemples que j'avais prévus pour mon introduction, je vais en citer un seul.

Il a été ainsi jugé que des investigations menées par un détective privé, à la demande d'une compagnie d'assurances, qui s'était déroulée cette fois-ci sur plusieurs années, avec une durée de quelques jours à près de deux mois, et avait consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de tiers, ainsi que la mise en place d'opérations de filatures et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements étaient illicites. Là, on voit que l'atteinte était disproportionnée au regard des intérêts en présence.

Cette proportionnalité s'apprécie en définitive, non seulement au regard des intérêts respectifs en jeu, mais aussi au regard de l'objet de la preuve et des conditions de la mise en œuvre de la mesure probatoire. Il s'agit donc moins d'une confrontation de deux principes de valeur égale que de l'articulation d'un principe et de ses limites. À cet égard, lorsqu'un juge ordonne une mesure d'instruction, il doit veiller à ce que les faits invoqués ne dissimulent pas en réalité un moyen pour la partie demanderesse d'accéder à bon compte et sans raison majeure à des informations confidentielles ou de porter une atteinte injustifiée aux secrets commerciaux ou industriels ou globalement à l'activité d'une entreprise concurrente, qu'elle soit partie à l'instance ou tiers à celle-ci. Dans tous les cas, il appartient à ce juge de restreindre l'étendue de la mesure sollicitée dans son objet et dans le temps à ce qui est strictement nécessaire à la preuve des faits litigieux et concilier ainsi les droits et intérêts des parties. Et veiller à qu'il ne soit pas conféré à la mesure un caractère d'ordre général qui dépasserait le cadre du litige envisageable entre les parties. Autrement dit, en matière civile, une mesure d'instruction, une mesure d'expertise, une mesure de constat ne doit pas revêtir les caractères d'une mesure d'investigation générale et se transmuter en une sorte de perquisition pénale.

Cette recherche de proportionnalité entre le droit et la preuve et celui du demandeur et de préserver le droit au secret du défendeur se trouve aussi consacré en droit de l'Union européenne. Notamment la directive du 26 novembre 2006 relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence, met en place des mécanismes qui permettent d'assurer à la fois l'égalité des armes entre les parties et une action en réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle, tout en veillant à l'équilibre du droit à la preuve et le droit à la protection du secret des affaires des auteurs de ces pratiques.

À cet effet, il est prévu à l'article 5 de la directive que les juridictions doivent limiter la production de preuves à ce qui est proportionné en tenant compte des intérêts légitimes de l'ensemble des parties et des tiers concernés. En prenant compte en considération notamment « la possibilité que les preuves dont on demande la production contiennent des informations confidentielles, en particulier concernant d'éventuels tiers et des modalités existantes de protection de ces informations confidentielles ».

Cette directive, et on va en parler cet après-midi, a été transposée en droit français par l'ordonnance et le décret du 9 mars 2017 aux articles L.483-1 et suivants du Code de commerce. À cet effet, le deuxième alinéa de cet article dispose que lorsqu'il statue sur une demande de production de pièces par une partie qui allègue de manière plausible un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle « le juge en apprécie la justification en tenant compte des intérêts légitimes des parties et des tiers. Il veille en particulier à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation en considération de l'utilité des éléments de preuve, dont la communication ou la production est demandée et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve, ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes ».

Il reste que le droit à la preuve n'est pas absolu. Il y a des secrets qui, en matière civile, demeurent infranchissables. Comme celui du secret professionnel, car aucune mesure d'instruction, aucun procès ne peut conduire un professionnel à commettre le délit prévu à l'article 226-13 du Code pénal en dévoilant des informations confidentielles obtenues dans l'exercice de ses fonctions et couvertes par le secret professionnel. La jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation est très ferme et constante sur ce point, que ce soit à l'égard de l'expert-comptable, du banquier, du notaire ou de l'avocat.

En revanche, ce secret est moins infranchissable en matière pénale. S'appuyant sur les spécificités du Code de production pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge qu'il résulte de l'article 99-3 de ce code que le juge d'instruction, ou l'officier de police judiciaire commis par lui, peut requérir la remise de documents intéressant l'instruction de toute personne ou de tout organisme public ou privé, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel.

Une disposition similaire est prévue en matière d'enquête préliminaire.

Toujours en matière pénale, la loi et la jurisprudence se montrent, pour des raisons d'efficacité de l'action publique, plus favorables à l'ouverture des portes des secrets légalement protégés. Se fondant sur l'article 427 du Code de procédure pénal, la Chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une position beaucoup plus favorable que les chambres civiles à la prise en compte de preuves obtenues de manière illicite. Certes, elle refuse l'admissibilité des modes de preuve obtenus de façon illicite par les forces de l'ordre ou le juge d'instruction. En revanche, elle considère que dès lors qu'ils ne sont pas produits par des agents investis de la force publique, les juges répressifs ne peuvent écarter des moyens de preuve produits par des parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement d'en apprécier la force probante après les avoir soumis à une discussion contradictoire.

S'agissant plus spécialement du secret professionnel des avocats, la chambre criminelle considèrerait jusqu'à présent que si les correspondances échangées entre le client et son avocat étaient en toute manière couverte par le secret professionnel, elles pouvaient cependant être saisies lorsqu'elles ne concernaient pas l'exercice des droits de la défense et que le juge d'instruction tenait des articles 96 et 97 du Code de procédure pénal le pouvoir de saisir ainsi de telles pièces lorsqu'elles étaient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction.

Mais vous savez que la loi du 22 décembre 2021 a désormais limité cette faculté aux seules consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client, qui établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter certaines infractions limitativement énumérées.

C'est-à-dire la fraude fiscale, la corruption, le blanchiment et le financement du terrorisme.

Ces quelques développements suffisent à démontrer la richesse du thème qui a été choisi cette année par les organisateurs de ce colloque et qui innerve l'ensemble des contentieux. Dans une première table ronde, nous aborderons la façon dont, concrètement, les acteurs du procès – juges, avocats, experts – parviennent à concilier droit à la preuve et droit au secret légalement protégé. La seconde se penchera sur la conduite à tenir lorsque ces mêmes acteurs font face à l'un des inviolables secrets.

J'ai réduit un peu mon texte pour essayer de ne pas trop attarder nos travaux, mais il y a une question sur laquelle je ne voudrais pas réduire, c'est ma conclusion.

D'autant plus que la conclusion, je l'ai inventée dans le train Cherbourg-Paris, pour conclure cette introduction, ce qui est un peu une sorte d'oxymore. Pour conclure cette introduction, j'ai eu l'idée de vous évoquer, dans ce train qui traversait la Normandie, une vieille légende normande que le thème m'a évoquée et qui peut nous laisser penser que parfois, il vaut mieux, dans l'intérêt de la justice, ne pas révéler un secret. Nous sommes au XX^e siècle dans ce Duché de Normandie, où s'appliquaient encore à l'époque d'anciennes coutumes vikings. À la suite de la mort de leur père, ses quatre fils poursuivent leur mère en déchéance de son douaire au motif qu'elle s'était rendue coupable d'adultère ; une femme adultère pouvait être déchue de son douaire. Le juge convoque la veuve, l'interroge longuement avant de réunir ensuite les quatre frères. Il leur annonce alors que leur mère lui a avoué qu'effectivement, elle avait eu une fois, mais une seule, une relation adultérine. Et il ajoute qu'elle a révélé qu'à cette occasion, un enfant était né de cette liaison et qu'elle était prête à révéler le secret qu'elle avait gardé depuis de nombreuses années en désignant lequel de ses quatre enfants était le fruit de l'adultère, et donc enfant adultérin ne pouvant pas hériter du père. Donc, les quatre frères ne sachant pas lequel d'entre eux était le fils adultérin furent finalement d'accord pour retirer leur plainte. Cette histoire sera peut-être le thème du prochain colloque, la médiation à l'épreuve du secret. Je vous remercie.

Jean-François JACOB

Je vais vous confier un secret, Vincent. Votre montre ne marche pas, vous avez confondu l'heure de début de votre intervention avec l'heure de fin. Nous sommes donc tout à fait dans les délais. Secret relatif, Maître Françoise ASSUS-JUTTNER, avocate au barreau de Nice va ouvrir la première table ronde.

Françoise ASSUS-JUTTNER

Avocat au Barreau de Nice



Mesdames, Messieurs,

Je vous rassure tout de suite, je viens de Nice, mais je ne suis pas allée au bistrot pour boire un pastis avant de vous parler.

J'ouvre cette séance tout à façon intéressante par la place de l'expert d'assurance face au secret dans le procès. Je suppose que cette première place est due au fait que cet expert est souvent, dans l'affaire, avant que le procès ne commence puisque pour lui tout a commencé par une déclaration de sinistre à un assureur.

Je voudrais dire que l'avocat qui est debout devant vous souffre qu'il est à aborder un sujet hors le contradictoire. Car nous avons beaucoup travaillé avec nos instances, que je remercie de m'avoir invitée à cette tribune, hors présence d'un expert de compagnie qui aurait pu lui aussi nous exposer son point de vue personnel, plutôt que ce soit moi qui le donne. Et c'est parce que je suis avocat que je dois vous le préciser, car le contradictoire est ma bible.

Justement, le contradictoire. L'expert d'assurance est confronté au contradictoire et l'on sait que sa position face au secret est différente selon qu'il a lui-même un statut qui le protège comme l'avocat a un secret professionnel. L'expert-comptable, le géomètre, l'expert médecin a lui aussi un statut et lui aussi, il devrait bénéficier du secret absolu. Eh bien, non.

Non, nous dit la Cour de cassation, mais ce sera abordé dans un autre sujet bien plus précis que le mien, parce que le contradictoire prime sur le secret professionnel. Mais il y a une autre entrave que la Cour de cassation vient de nous livrer. Voilà que l'expert médecin qui assiste au nom de l'assurance un assuré, l'expert d'assurés, eh bien celui qui l'assiste est son patient. Je cite la Cour de cassation, chambre criminelle, le 16 mars 2021 « le secret peut être levé en expertise judiciaire à la condition de l'accord préalable du patient, ce que n'avait pas fait le médecin-conseil d'une assurance ». Voilà un conseil diligenté par un assureur qui a pour patient celui qui ne lui a confié aucun mandat. C'est une contradiction et nous n'en sommes pas à la première en ce qui concerne l'expert d'assurance, dont la présence est, dans le procès judiciaire, pour garantir l'égalité des armes. Il faut que chacun, plus le sujet est technique, puisse techniquement être aussi fort que son contradicteur. Et alors, il a besoin à ses côtés d'un expert.

Et voilà le premier paradoxe, la partie la plus forte, l'assureur a le droit d'avoir son conseil technique qui va lui débrouiller son affaire là où souvent ses adversaires seront plus faibles. Mais il est vrai, et tout le monde s'en félicite, dans le procès civil, l'assurance, c'est bien pratique parce qu'au bout du compte, c'est elle qui paiera.

Je viens de vous évoquer ce qu'il en était de l'expert qui a un statut, statut qui le protège. Quand même, il a un secret professionnel, il peut relever de son Conseil de l'ordre si jamais il l'enfreint, même si la Cour de cassation le lui permet. Mais qu'en est-il des autres ? Il y a bien des experts de compagnie qui n'ont pas un statut professionnel qui leur impose une déontologie. Alors, comment faire ?

Et nous aussi, c'est l'injonction paradoxale, Madame VERRIER. Je crois que vous savez mieux que nous que l'injonction paradoxale, c'est ce qui rend fou. Il a un mandat d'un assureur dans la direction de procès que l'assureur exerce, l'assurance peut ne pas être là. Et voilà qu'il a un mandat d'assureur et il reçoit les secrets et il peut les délivrer.

Heureusement, dans le procès, il y a un avocat, car l'avocat, lui, doit impérativement contrôler que l'assistant technique qui est là pour les intérêts qu'il défend ne révèle pas des secrets qui seraient contraires à la défense dont il a la charge.

J'ai choisi, pour vous illustrer les paradoxes de l'expert d'assurance, celui tout à fait particulier dans ma matière. Parce que si je suis un avocat debout, il m'arrive aussi de grimper ou d'être à quatre pattes dans un vide sanitaire pour démontrer qu'il n'y a pas tant d'infiltrations que cela. Et ma foi, on peut aussi être avocat dans ces circonstances. Et si jamais on ne partage pas ces circonstances-là, on manque à son devoir d'avocat qui est de défendre en toutes circonstances. Je vais vous parler de cet expert tout à fait particulier, qui est l'expert dommage ouvrages.

En matière de construction, l'expert dommage ouvrage est désigné par l'assureur ; c'est obligatoire, c'est prévu par une loi d'ordre public. Il est choisi par l'assureur et sera le conseil de l'assuré, de l'assureur et des autres constructeurs contre lesquels cet assureur aura des recours par des conventions qui ont été prises entre compagnies d'assurances. La désignation se fait par l'assureur, mais il y a une procédure qui est peu connue, c'est que l'assuré peut le récuser. Il peut le récuser une fois, il peut le récuser deux fois sans explication. C'est-à-dire qu'à la différence de l'expert judiciaire dont on peut demander la récusation judiciairement parce qu'il répond aux clauses du Code de procédure civile pour sa récusation, l'assuré, la victime, le demandeur peut récuser librement. Que se passe-t-il s'il l'a fait deux fois ? La troisième fois, c'est prévu par le texte, c'est le président du tribunal judiciaire qui devra désigner l'expert de justice. C'est un expert de justice qui a la mission de l'expert dommage ouvrage, qui doit en respecter les délais, la procédure et peut-être la rémunération.

Et là, il y a quand même un problème par rapport au secret. Car voilà un expert qui est arrivé au début de l'affaire, qui recueille des informations qui peuvent être confidentielles, que ce soit de l'assuré, de la victime, et il peut aussi recevoir des confidences de l'entreprise qui a pu avoir un sous-traitant qu'il n'a pas payé ; toutes sortes de choses qui se passent sur un chantier. Cet expert va le recueillir et puis il va déposer son rapport, mais la phase amiable ne va pas aboutir et c'est le judiciaire qui arrive. Eh bien, voilà, un expert dommage ouvrage qui devient le conseil de la compagnie qui assure en dommage ouvrage pendant la procédure. Est-ce possible cela ? Oui, c'est possible. Et pourtant, on sait que cet expert pourrait être un expert de justice et l'on ne voit pas que l'expert de justice, une fois qu'il a été un expert commun, puisse devenir l'expert particulier d'une partie dans le procès. Il faut dire que la réputation est extrêmement rare. Je ne l'ai rencontrée qu'une fois dans ma carrière qui hélas est très longue.

J'espère vous avoir révélé leur difficulté, parce que je veux être bienveillante avec les experts de compagnie. Pendant nos travaux, nous avons pallié leur absence. Nous nous sommes tous dit que dans les domaines techniques complexes, le chiffre, la construction, la chimie – nous sommes dans la Maison de la Chimie – l'expert qui est allé sur le terrain avant l'expert judiciaire a des éléments nécessaires à la manifestation de la vérité. Et souvent, cet expert empêche la solitude de l'expert de justice d'aller vers une fausse route parce qu'il n'a pas la bonne information. Nous nous sommes donc rendu compte que l'expert de compagnie participe, malgré les secrets qu'il pourrait révéler, à l'œuvre de justice.

Moi aussi, je n'ai que dix minutes, mais je vais quand même conclure sur le rôle de l'avocat. Dans le procès, l'expert d'assurance est le conseil, il assiste l'avocat et on l'a dit tout à l'heure, le secret de l'avocat est absolu. Et donc, sauf à faillir à sa mission, il doit impérativement surveiller ce qui est communiqué par son expert, demander à être informé de ce qui sera dit, sera fait ou communiqué. Dans le même temps, nous devons veiller à ce que

ces rapports, dont on demande de plus en plus communication, ce qui est quand même anormal parce que l'expert de compagnie a un mandat d'un assureur, il est le salarié souvent de société commerciale technique ; il n'a d'obligation qu'à leur endroit. Et donc, nous devons être sur ce fil à la fois de se faire assister, à la fois de trier dans les informations, dans le procès, ce qui peut être dit ou tu. Ainsi, s'il n'y avait pas cette défense et ce secret absolu de l'avocat qui le respecte et qui est vigilant par rapport à l'assistance technique absolument nécessaire, à ce moment-là plus que relatif, le secret de l'expert d'assurance serait dramatique. Je vous remercie.

Jean-François JACOB :

Dans certaines disciplines, il n'est pas rare que les experts de justice soient appelés effectivement par des compagnies. Cela n'a jamais été réglé par la Cour de cassation ou par les textes. Il nous a donc semblé utile que cet exposé soit prononcé parce que tous un jour, vous risquez de vous retrouver dans cette situation d'une double casquette. Il faudra alors savoir choisir laquelle.



Fabrice DELBANO

Conseiller à la Cour de cassation



Je vous remercie. Je précise, je déclenche mon chronomètre. On m'avait dit douze minutes, je vais essayer de m'y tenir.

Comme cela a été rappelé par Vincent VIGNEAU dans son propos introductif, la preuve des faits étant libre, la contrefaçon est susceptible de se prouver par tout moyen, selon ce que le titulaire des droits atteints choisit. Ça peut être des témoignages, présomptions, constats d'huissiers de justice, référés – même si en pratique c'est assez peu vraisemblable – requêtes au visa de l'article 145 du Code de procédure civile et enfin, saisies contrefaçons. Cette dernière, la saisie-contrefaçon, vous le savez sans doute, a été introduite il y a fort longtemps dans notre droit, puisqu'elle date de 1793, évidemment pas dans la forme qu'on lui connaît aujourd'hui. Elle avait d'abord été conçue comme une mesure un peu conservatoire dans le domaine des œuvres de l'esprit et progressivement, elle s'est trouvée élargie à des tas de domaines.

Aujourd'hui, on la retrouve dans de nombreux textes en matière de droits d'auteur, droits voisins, logiciels, bases de données, brevets, dessins et modèles, marques, indication géographique, topographie des semi-conducteurs et certificats d'obtention végétale. C'est un peu un catalogue à la Prévert que l'on trouve dans le Code de procédure de la propriété intellectuelle.

Bien qu'elle soit facultative, ce que consacre une loi de 2014 qui a transféré une directive européenne de 2004 relative au respect des droits de la propriété intellectuelle, en précisant que la juridiction peut ordonner d'office ou à la demande de toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, même si une saisie-contrefaçon n'a pas été préalablement ordonnée. La saisie-contrefaçon n'en reste pas moins privilégiée par les titulaires des droits en raison de sa commodité de mise en œuvre et de sa grande efficacité. Bien qu'elle se rapproche, en ce sens qu'elle est destinée à obtenir des preuves, par description aux saisies réelles dans la perspective d'une action devant le juge du fond, la saisie-contrefaçon ne relève pas de l'article 145 du Code de procédure civile. Elle constitue une procédure spécifique, la Cour de cassation ayant d'ailleurs sanctionné une juridiction qui avait ordonné une expertise sur fondement de l'article 145, alors que cette expertise aboutissait en réalité à une mesure de saisie-contrefaçon déguisée.

Je n'entre pas dans le détail de la procédure, qui est une procédure au départ secrète, enfin non contradictoire, puisqu'elle est faite par requête devant le Président du tribunal judiciaire ; Paris ayant une compétence exclusive dans certains domaines. Le Président ne désigne pas un huissier de justice justement, même si dans la pratique, souvent, il le fait. L'huissier de justice qui exécute la mesure est choisi librement par la partie requérante.

Cet huissier de justice va exécuter cette mesure. Divers textes du Code de la propriété intellectuelle lui permettant en outre de faire procéder à la saisie-contrefaçon par tout huissier, le cas échéant assisté par des experts désignés par le demandeur. On trouve notamment ça à l'article L.332-1 du Code de la propriété intellectuelle. C'est là que notre expert intervient.

On voit bien que dans cette mesure, la saisie-contrefaçon, qui est une mesure extrêmement attentatoire au secret ; secret des affaires, secrets des procédés de fabrication, etc., il y a un risque.

Sans mauvais jeu de mots par rapport à l'actualité que nous connaissons, c'est une espèce d'arme nucléaire qui porte en elle-même un risque important d'atteinte au secret de celui contre laquelle on va la diriger.

En effet, il est assez facile d'envisager que les secrets dont on va avoir connaissance soient utilisés en étant détournés du but que l'on a présenté au juge.

Puisque le colloque intéresse au premier chef les experts judiciaires, je vous propose d'aborder la place et le rôle que ces experts ont dans la procédure de saisie-contrefaçon, au regard du secret notamment, qui les fait passer, à mon sens, d'une place assistant en premier lieu à celle d'acteur, redevenu l'expert judiciaire au sens où on l'entend habituellement.

D'abord, l'expert assistant de l'huissier de justice. Qui est l'expert et quel est son rôle ?

Qui est l'expert ? Sans vouloir être désagréable avec les nombreux experts judiciaires présents dans la salle, il faut quand même admettre que l'expert qui est évoqué par les différents textes du Code de la propriété intellectuelle n'est pas choisi parce qu'il est un expert inscrit sur une liste d'experts judiciaires de cours d'appel ou de la Cour de cassation. Il n'est pas expert judiciaire désigné par une juridiction avec une mission que celle-ci aura précisée. Il est choisi par le requérant et par lui seul, selon des critères qui lui sont propres, en général quand même en raison de ses compétences techniques dans tel ou tel domaine.

Il peut être seul ou intervenir avec plusieurs, selon les compétences respectives des uns et des autres, selon la nature des droits de propriété intellectuelle qui sont concernés. Il suffit que le requérant estime que la personne lui est utile. Ça peut être un conseil en propriété industrielle par exemple.

Il suffit donc que le requérant estime que la personne lui est utile et que cet expert soit indépendant des parties. C'est le cas par exemple, ce qui peut paraître un peu étrange, du conseil en propriété intellectuelle qui est celui du requérant lui-même, puisqu'en vertu de sa déontologie, la Cour de cassation a considéré que celui-ci était parfaitement indépendant. Ça exclut évidemment le salarié du requérant et ça exclut le requérant lui-même qui ne peut pas assister aux opérations de saisie-contrefaçon.

Cet expert pour quoi faire ? Évidemment pas une expertise, la Cour de cassation l'a dit, notamment la chambre commerciale dans un arrêt du 27 mars 2019. C'est un sachant, un homme de l'art. Son rôle est purement d'assister l'huissier de justice sous la direction de celui-ci, car c'est seulement l'huissier de justice qui a la responsabilité des opérations de saisie que lui-même mène sans délégations possibles à l'expert. C'est un point sur lequel il faut être très vigilant, surtout si l'expert a l'habitude de diriger des expertises judiciaires où là, il a quand même le rôle principal.

Là, il est dans un rôle secondaire, vraiment un rôle d'assistant et il doit surtout veiller à se borner à répondre aux questions qu'on lui pose, aux questions que lui pose l'huissier de justice qui mène les opérations de saisie-contrefaçon. Le risque est important, puisque si le procès-verbal laisse à penser que l'expert a joué un rôle prédominant, les opérations risquent d'être annulées.

Évidemment, le rôle de l'expert va être un peu limité. Il va éventuellement être amené à se poser la question du secret, des atteintes au secret à des procédés de fabrication, etc., mais uniquement si l'huissier de justice se pose lui-même la question et demande à l'expert d'intervenir. C'est donc à mon sens, un rôle un peu secondaire auquel il faut être très attentif.

Cela dit, normalement, si le juge a effectué son travail correctement, c'est-à-dire s'il ne s'est pas contenté de signer la requête qu'on lui a présentée, il aura limité les atteintes potentielles au secret, en veillant à ce que le champ de la saisie soit quand même limité à ce qui est strictement nécessaire, etc. Cependant, l'expert peut quand même être amené, à l'occasion de cette phase, à jouer un rôle un peu plus actif. Je pense à l'hypothèse du placement sous séquestre des pièces afin d'assurer la protection du secret des affaires.

On trouve plusieurs textes dans le Code de la propriété intellectuelle qui, par divers renvois, permettent au juge, qui a ordonné la mesure, de statuer sur la levée totale ou partielle des pièces qu'on aura séquestrées ; ce qui est une pratique assez fréquentée. Dans ce cas-là, le juge peut entendre éventuellement séparément le détenteur de la pièce, assisté ou représenté par toute personne habilitée, et la partie qui demande la communication de la pièce. « Toute personne habilitée », je n'ai pas trouvé dans la jurisprudence ou dans le texte lui-même à quelle personne on se référait en réalité. Je n'ai pas la réponse, mais je me demande si dans ce cas-là, l'expert qui a assisté l'huissier de justice ne pourrait pas venir donner son avis. Je l'ai déjà pratiqué en matière de concurrence déloyale, où l'expert informaticien vient expliquer avec la partie et le juge statue ; c'est une hypothèse.

À côté de ce rôle d'expert sachant, assistant de l'huissier de justice, l'expert redevient un expert judiciaire. Évidemment, ce ne sera pas le même expert, mais vous savez que la jurisprudence admet depuis un certain temps, principalement celle des TJ, que pour préserver la confidentialité de certaines informations, le juge peut recourir à un expert sous réserve que celui-ci apporte des éléments pouvant justifier de la sensibilité ou de la confidentialité de certains documents tentés de saisie.

Dans ce cas-là, le juge donnera à l'expert vraiment une mission judiciaire, de donner son avis ou de sélectionner les documents devant être tenus secrets ou ceux qui pourront être communiqués aux saisissants. Là, l'expert retrouve la plénitude de ses pouvoirs dans la limite de la mission qui lui est confiée. Ainsi, d'assistant, il redevient l'expert judiciaire au sens de l'article 232 du Code de procédure civile, en étant soumis aux règles de convocation, de procédure, contradiction, etc., que vous connaissez aussi bien que moi.

Cette possibilité, qui avait été introduite en matière de brevets par l'article L.614-4 du Code de la propriété industrielle en 2004, a été généralisée depuis et se retrouve dans nombreux articles du Code de la propriété intellectuelle dont je vous épargne la lecture. En vertu de ces textes, puisque c'est le même texte qui est reproduit sous différentes numérotations, selon le type de saisie concerné, le Président du tribunal judiciaire peut ordonner, au vu du procès-verbal de saisie, toute mesure pour compléter la preuve des actes de contrefaçon allégués. Donc, le juge, qui est le juge qui a ordonné à la mesure, peut à ce moment-là ordonner effectivement une expertise.

Ce que l'on retrouve d'ailleurs aussi dans le Code de commerce, à l'article L.153-1 qui permet lui aussi cette mesure de manière tout à fait explicite, puisque le texte nous dit expressément que le juge peut ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée.

Évidemment, ce n'est pas le même expert, ce n'est pas la même personne physique qui interviendra dans le premier stade que j'évoquais et dans le second, mais vous voyez que le rôle de l'expert va être relativement neutre en ce qui concerne la possibilité d'apprécier le secret sous certaines réserves. Dans la phase où il est sous le contrôle ou sous la direction et en ne répondant qu'aux questions de l'huissier de justice chargé d'instrumenter la mesure. Et en revanche, sur l'initiative du juge, en cas de difficulté, il redeviendra l'expert que tout le monde connaît, avec une procédure extrêmement précise, extrêmement stricte, où là, il aura à donner son avis sur les atteintes éventuelles au secret, ce qui, entre nous soit dit, n'est pas la mission la plus facile. Je vous remercie.

Jean-François JACOB :

Troisième intervention devait être celle de la vice-présidente honoraire du tribunal de commerce de Paris, mais elle a été empêchée au dernier moment. Au dernier moment aussi, le Président honoraire, Jean-Pierre LUCQUIN, sans filet, va remplacer Madame la Vice-présidente.

Jean-Pierre LUCQUIN
Président honoraire



Mon propos va être, de la manière la plus synthétique possible, de rappeler ce qu'est le secret des affaires au titre des nouvelles dispositions. Ces nouvelles dispositions sont issues d'un dispositif législatif intervenu durant l'année 2018. D'abord, une loi le 30 juillet 2018 et un décret d'application le 11 décembre 2018. Ces textes et ce dispositif venaient combler un vide juridique après l'échec de plusieurs propositions à ce sujet dans le passé. Il s'agit là non seulement d'un dispositif nouveau, mais aussi spécifique, qui déroge au droit commun de la responsabilité civile, puisqu'il nécessite seulement l'établissement d'une faute, en l'occurrence l'atteinte au secret des affaires ; se rapportant à toute instance civile ou commerciale.

Ce dispositif, créé pour la première fois, qui constitue un régime spécifique de protection, a été intégré dans le Code de commerce, avec quatre éléments fondamentaux. Le premier élément, il s'agit de l'article L.151-1, comporte une définition inédite en droit français, suivant trois critères cumulatifs. En effet, pour pouvoir bénéficier de la protection du secret des affaires, une information doit respecter ces trois critères :

- l'information n'est pas en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exact de ces éléments, ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour les parties familières de ce type d'informations ;
- elle revêt une valeur commerciale effective ou potentielle du fait de son caractère secret ;

- elle fait l'objet, de la part de son détenteur légitime, de mesures de protection raisonnables compte tenu des circonstances pour en conserver le caractère secret ; sans d'ailleurs que la loi ne précise ce que doivent être ces mesures de protection.

Le second élément, c'est l'article L. 151-2 et suivants, qui établit la liste des actes en lien avec le secret des affaires, qu'elle répartit en trois catégories :

- les actes licites : est détenteur d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite, c'est-à-dire dire par obtention et détention licite qui permettent ce contrôle de façon licite ;
- les actes illicites : la détention sans le consentement de son détenteur légitime, soit par l'obtention illicite et l'utilisation ou la divulgation illicite, dont celle réalisée par un comportement déloyal, est contraire aux usages en matière commerciale ; ce que ces nouvelles dispositions permettent de sanctionner. À souligner particulièrement les dispositions des articles L.151-4 et 5 et les alinéas 1 et 2 et L.151-6, qui retiennent non seulement les actes illicites et les produits qui résultent d'une atteinte au secret, mais aussi les auteurs indirects qui savaient où auraient dû savoir. Il s'agit là d'une vraie nouveauté, dès lors que les actes illicites s'étendent ainsi à ces deux catégories, les produits et les auteurs indirects ;
- à titre exceptionnel à la protection, les actes pour lesquels le secret des affaires est inopposable, notamment ceux des journalistes et des lanceurs d'alerte.

Le troisième élément, toujours selon les mêmes articles de base L.152-1 et suivants, concerne les mesures permettant de sanctionner une atteinte à un secret des affaires. Mesures uniquement civiles, car les mesures pénales et les dommages et intérêts à caractère punitif n'ont pas été retenus par le dispositif légal.

Ces mesures prévoient un principe de responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte, caractère spécifique, notamment des mesures pour prévenir ou faire cesser une atteinte visant l'utilisation ou la divulgation, notamment celle provenant de la production, de l'offre, de la mise en vente, de l'utilisation, de l'importation, de l'exportation et du stockage, telles que :

- les mesures d'interdiction à titre provisoire ou conservatoire, avec possibilité d'astreinte, de destruction totale ou partielle, de publicité et de la décision, la subordination de l'exécution des mesures à la constitution d'une garantie, l'octroi dans certains cas et la sanction d'une amende civile ;

- les mesures de réparation telle que l'octroi de dommages et intérêts, de publicité de la décision, selon les dispositions de l'article 152-7.

Vous voyez qu'il s'agit là d'un arsenal large au caractère dissuasif. À souligner aussi que ce dispositif présente un avantage particulier et non négligeable en ce sens qu'il ne requiert aucune formalité de dépôt.

Quatrième élément, les articles L.153-1 et suivants, dont il a été fait état par mon prédécesseur, concernent la protection du secret des affaires à l'occasion d'un litige avec deux types de mesures de protection :

- des mesures de communication ou de production de pièces volontaires ou forcées lors d'un contentieux, notamment à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond (L.145) ou à l'occasion d'une instance au fond à propos d'une demande de communication ou de production de pièce de nature à porter atteintes au secret des affaires ;
- des mesures de production en cas d'opération probatoire avec effet de surprise, notamment à l'occasion des mesures appliquées à l'article 145 sur requête ou en référé l'ordre et l'ordre de mesure de saisie-contrefaçon, comme il vous l'a été rappelé précédemment. Il s'agit des saisies de pièces avec mise sous séquestre provisoire dont je vous dirai deux mots un peu plus tard.

Quelles sont les conséquences et les modalités de traitement ? Selon les dispositions de l'article L.151 et suivants, le juge qui aura à se prononcer selon les critères qui viennent de vous être exposés par Monsieur le Conseiller doyen, Vincent VIGNEAU, peut d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense. Notamment et on va retrouver des similitudes par rapport à ce qui a été dit précédemment en matière de contrefaçon :

- pendre connaissance seul de la pièce et, s'il estime nécessaire, ordonner une expertise et/ou solliciter l'avis pour chacune des parties d'une personne habilitée, notamment des experts, pour l'assister ou la représenter, afin de décider d'appliquer des mesures de protection prévues à cet article ;
- décider de limiter la communication ou la production de cette pièce ou certains de ses éléments ;

- ordonner la communication sous forme de résumé ou restreindre l'accès pour chacune des parties, au plus à une personne physique ou à une personnalité, dont vous les experts, à l'assister ou à le représenter, ce avec l'obligation bien sûr de confidentialité totale ;
- décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil.

Je fais un tout petit aparté. Jusqu'à présent pour les juges, la mise en application en chambre du Conseil ne pouvait être prévue que s'il y avait un risque d'atteinte à la vie privée, si toutes les parties le demandaient ou s'il survenait des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Désormais, au titre de ces dispositions, il y a un quatrième motif qui est utilisable en application de ces dispositions des L.131 du Code de commerce : si la publicité est de nature à porter atteinte au secret des affaires.

Le juge peut aussi :

- appuyer ses décisions sur le critère de la nécessité de communiquer certaines pièces nécessaires à la solution du litige et adapter la notification de sa décision et les modalités de publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires ; c'est du cas par cas.

À noter un point très important, c'est que le décret est venu compléter ces dispositions en précisant des mesures provisoires et conservatoires pouvant être prononcées sur requête ou en référé, mais particulièrement sur requête, ainsi que les règles de procédure applicables dans la juridiction civile et commerciale.

À retenir de cet exposé non exhaustif et un peu rapide compte tenu des dispositions et du détail des dispositions, l'un des éléments les plus importants et les plus utilisés. Il s'agit en l'occurrence du séquestre provisoire. Le décret du 11 décembre 2018 a introduit ce nouveau mécanisme, repris à l'article R153-1 alinéa 1 du Code de commerce, selon lequel le juge, saisi en requête sur le fondement de l'article 145, peut ordonner le placement des pièces demandées, sous séquestre provisoire, ce pendant un délai d'un mois à l'issue duquel, si le juge n'est pas saisi d'une demande de modification ou de rétractation, les pièces seront transmises au requérant.

J'insiste pour mettre le doigt sur une pratique qui est très utilisée, particulièrement au tribunal de commerce de Paris, qui a été un peu l'instigateur de cette procédure, puisqu'elle permet justement d'obtenir des pièces dont le requérant n'est pas titulaire et fera l'objet d'une saisie faite par un huissier, assorti le plus souvent d'un expert, très souvent un expert informaticien.

Puis cela donnera lieu à une levée de pièces dans un délai très rapide d'un mois, avec bien entendu une possibilité de lever les pièces s'il n'y a pas rétractation. Cela est très pratiqué dans les 145 saisies de pièces ; c'est l'une des pratiques maintenant essentielles des requêtes au tribunal de commerce de Paris.

Pour terminer rapidement, je dirais qu'il y a des voies de recours qui comportent deux possibilités. Soit celle du fond lorsqu'il s'agit d'une affaire au fond, soit sur requête en référé dans un délai de 15 jours, qui est un caractère suspensif.

Enfin, petite précision pour la bonne structure de l'exposé. Les actions relatives à une atteinte au secret des affaires sont prescrites par 5 ans à compter des faits en cause. Voilà l'essentiel de ces mesures qui sont très neuves, qui sont très larges et qui permettent d'agir d'une manière beaucoup plus efficace dans le domaine à la fois de la contrefaçon, ce qui vous a été dit précédemment, et de la concurrence déloyale. Et qui peuvent vous impliquer fortement, tant au niveau des constats d'huissiers, qu'au niveau des décisions que le juge aura à rendre.

Jean-François JACOB :

Après le quatrième exposé sur le secret relatif, les trois premiers intervenants reviendront sur scène pour une séance de questions-réponses avec la salle et peut-être de questions posées par Internet.

Nathan HATTAB

Expert de justice près la Cour
d'appel de Paris



Je précise que je suis expert honoraire après la Cour d'appel de Paris et ma spécialité est l'informatique.

Toute opération d'expertise, judiciaire ou administrative, commence par la lecture de la mission. Cette mission contient souvent en premier chef le texte suivant : se faire communiquer tous documents et pièces nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Nous sommes tous confrontés, nous experts, à la collecte d'un certain nombre de pièces et de documents, voire d'informations.

Ce sont ces documents et ces pièces que les parties vont produire, qui vont décrire les éléments de preuve à l'appui de leurs prétentions. Et il n'est pas rare que l'expert soit confronté, de la part des parties, à des réticences. Des réticences pour accéder aux documents, aux pièces, voire à des explications qu'elles détiennent. Et ces difficultés ne sont pas forcément techniques. Elles résultent de désaccords soit sur l'interprétation des chefs de mission, soit sur l'accessibilité aux pièces. Dans de telles situations où l'expert est confronté à cette difficulté à obtenir des pièces, quelle doit être sa position ?

D'abord, ces pièces se rattachent aussi au périmètre de la mission. Il faut qu'elles soient dedans, il faut qu'elles se rapportent à cette mission. Et là, il peut y avoir des désaccords entre les parties sur l'interprétation des chefs de mission eux-mêmes. Et là, l'expert n'a pas d'autre choix que de demander aux parties de formaliser leur position, d'informer le juge du contrôle de la situation et de solliciter son avis. Il n'a pas d'autre choix parce que son seul interlocuteur dans la juridiction, c'est le juge du contrôle.

Dans ces cas-là, l'expert va constater deux cas différents :

- la mission a été ordonnée par un juge du référé : l'expertise, c'est l'affaire des parties ;
- la mission a été ordonnée par le juge du fond : l'expertise, c'est l'affaire du juge qui l'a ordonnée pour être éclairé.

Et là, l'expert va constater que le juge du contrôle, celui auquel il a accès, aura une marge de liberté plus grande pour étendre, restreindre ou modifier le périmètre de la mission, voire pour l'interpréter. Je n'ai jamais su comment il procédait, quelle était sa relation avec le juge du fond. Mais moi, je n'avais qu'un seul interlocuteur, c'était lui. Sur l'accès aux documents et aux pièces, comme aux explications, voire aux informations détenues par les parties, si l'expert rencontre des difficultés, il doit se tourner vers le juge du contrôle.

Première situation, ces informations ne soulèvent pas de difficulté liée au secret des affaires ou au secret professionnel, mais la partie qui les détient refuse de les produire ou conditionne leur communication. Et il arrive qu'à cette occasion, un débat s'instaure autour des articles 9, 145 et 146. L'article 9, c'est « il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, des faits nécessaires au succès de sa prétention ». Et l'article 146, « une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver ». Et là, j'ai eu deux affaires ordonnées par des tribunaux de commerce, une datant de 5 ans et une autre de l'année dernière, qui ont à déclencher ce débat 145-146, parce que l'une des parties ne voulait pas produire des pièces ou que le demandeur demandait à accéder à certaines pièces.

Dans la première affaire, la société demanderesse a soutenu que les parties n'ont pas de preuves à apporter au soutien de leur prétention et que la charge de la preuve n'est ainsi aucunement mise sur le demandeur dans le cadre d'une procédure d'expertise ordonnée sur le fondement de l'article 145. Quant à la société B, elle a répondu que la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige doit être apportée par la demanderesse. Et elle a considéré que c'était une situation absurde. Bien entendu, j'ai saisi le juge du contrôle qui a commencé à rédiger son ordonnance, mais les parties ont transigé. Je n'ai donc jamais eu de réponse à cette question.

Dans la seconde affaire, où il y avait une liste de dysfonctionnements à établir, la société demanderesse à l'expertise a réclamé en tout début d'expertise l'accès à des informations détenues par la partie adverse. Mais pour moi, ce n'était pas aussi évident que ça que ces informations étaient dans le champ de l'expertise. Je me suis donc adressé au juge du contrôle. Bien entendu, je leur avais demandé d'écrire leur position, ce qu'ils ont fait.

J'ai soumis tout ça au juge du contrôle qui finalement a rejeté la demande de la demanderesse. C'est-à-dire qu'il a considéré que cet ensemble d'informations était hors mission d'expertise, sauf si la partie en question apportait certains éléments de preuve. La réponse n'était pas noire ou blanche, c'était noir, avec toujours un sauf quelque part.

Vous voyez donc que le débat, c'est un débat qui n'est pas technique, il est juridique et dans une telle situation, l'expert pourrait facilement perdre pied. C'est pour ça qu'il doit se tourner vers le juge du contrôle.

Ces deux exemples nous conduisent à considérer qu'une partie qui a la volonté d'aller à la recherche de faits à même de fonder ses propres griefs, pourrait se fonder sur l'article 145, mais à condition qu'elle apporte les éléments de preuve que sa réclamation repose sur un motif légitime. Parce que l'article 145 commence par cette phrase-là : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès [...] ». C'est donc le motif légitime qui conduit à autoriser ou pas la partie à aller récupérer des informations chez le défendeur.

Voilà pour ces deux exemples. C'est vrai aussi que certaines parties ont tendance à transformer l'article 145 en *discovery*. C'est la procédure américaine qui consiste à mettre tout sur la table. Et là, effectivement, j'ai entendu plusieurs fois des juges du contrôle me dire « attention, l'article 145, ce n'est pas le *discovery* ». Ça, c'était la première situation.

La seconde situation, c'est que ces informations et ces pièces sont sans ambiguïté dans le périmètre de la mission. Dans ce cas-là, l'expert doit les demander, doit exiger les avoirs et si la partie refuse, il n'a qu'un recours, c'est de s'adresser au juge du contrôle pour qu'il émette une ordonnance de production de pièces, conformément à l'article 245.

La troisième situation, c'est que ces informations sont dans le périmètre de la mission, mais soulèvent des difficultés liées au secret professionnel. Et ça, c'est très courant en informatique, parce qu'en informatique, les sociétés de services, les concepteurs de programmes informatiques considèrent que ça leur appartient et qu'il peut y avoir une concurrence déloyale. Dans ces cas-là, on est confronté à la problématique du secret. Face à cette problématique du secret, il y a effectivement cette nouvelle loi qui ne date que de 2018. Moi, dès ma première expertise, j'ai rencontré ce problème-là, et c'était en 1988. Il a fallu trouver des solutions de contournement pour éviter de porter atteinte. Cette loi relative à la protection du secret des affaires, et son décret d'application, date du 30 juillet 2018.

Les applications informatiques rentrent tout à fait dans les critères concernant les informations protégées au titre du secret des affaires. Monsieur le Président LUCQUIN vous a expliqué les critères, généralement ni connus ni aisément accessibles par des professionnels, qui revêtent une valeur commerciale et font l'objet d'une mesure de protection raisonnable. Ce texte autorise le juge, qui ordonne la mission d'expertise, à prendre un certain nombre de décisions.

Pour ma part, j'ai été confronté à ce genre de situations pour cette loi. Et effectivement, il y a eu un certain nombre de mesures qui ont dû être prises pour ne pas porter atteinte au secret et permettre la poursuite des opérations expertise.

Le premier type de mesures qui a été pris, c'est l'expert tiers de confiance, avec l'accord formel des parties. C'est une expérience unique que j'ai eue personnellement où effectivement, avec l'accord des parties, je me suis déplacé chez l'informaticien concepteur qui refusait de produire son programme et j'ai examiné le logiciel avec lui de façon non contradictoire. J'ai rédigé un compte rendu de la réunion, je le lui ai soumis, il l'a validé et j'ai rendu ce compte rendu validé, contradictoire, et il a servi à la poursuite des opérations d'expertise. En revanche, quelques années après, je ne sais pas si je procéderai de la même façon, à moins que le juge ne me l'ordonne. Une partie peut toujours mettre en cause un accord formel qu'elle a accepté en expliquant qu'elle n'avait pas compris. Et on peut toujours avoir des surprises. Il faut donc faire extrêmement attention.

Le second type de mesure, c'est limiter la contradiction technique à l'expert et à un technicien, souvent expert de justice et/ou à un avocat désigné par chacune des parties. Cette procédure, je l'ai rencontrée à plusieurs reprises et ce sont les avocats qui la proposent. C'est-à-dire que nous nous étions limités à quelques personnes.

Le troisième type de mesure, c'est de limiter la communication de la documentation à certains de ces éléments. J'ai rencontré cette problématique dans une expertise qui portait sur un projet d'équipement multimédia. Et là, il y avait deux parties, demandeur/ défendeur, et il y avait des documents qui étaient strictement confidentiels et qui appartenaient à une tierce organisation, mais qui n'était pas partie prenante. Pour avancer, il fallait toutefois travailler sur ce document. J'ai eu accès aux documents de façon non confidentielle. J'ai identifié trois phrases et j'ai demandé que ces trois phrases soient rendues publiables et que l'organisation tierce accepte de lever la confidentialité. Elle a accepté et les opérations d'expertise ont continué.

Donc vous voyez que dans la loi, on retrouve les mêmes règles, les mêmes approches pour limiter les problèmes qui se posent et la limitation de l'atteinte au secret. Finalement, l'expert de justice doit se conformer à sa mission et se faire communiquer tous documents, toutes pièces et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ces documents sont détenus par les parties et devraient être produits spontanément ou à la demande de l'expert, dans la limite de ses prérogatives, sauf si elles relèvent du secret professionnel.

Aujourd'hui, toutefois, on a cette nouvelle loi et il y a deux cas. Soit le secret des affaires a été identifié par le juge avant qu'il ne rende sa décision, ordonnant la mission d'expertise. Et là, il décidera des mesures à mettre en œuvre sur la base de cette loi. Mais dans le cas où le secret des affaires est identifié pendant les opérations d'expertise, ce qui est tout à fait possible, notamment dans le cadre de l'expertise informatique, l'expert devra saisir le juge chargé du contrôle, qui est son unique interlocuteur, et pourra lui proposer une mesure qui ne porte pas atteinte au secret après l'avoir débattu contradictoirement avec les parties.

Voilà ce que je voulais vous dire concernant le secret des affaires, mais aussi sur la difficulté parfois à obtenir des pièces. Merci.



Débats avec la salle

Jean-François JACOB

C'est le moment de poser vos questions sur le secret relatif. L'absolu, c'est pour après la pause.

Participant non identifié

« Comment faire pour obtenir, lorsque l'on est expert de justice, la communication d'un rapport d'un expert d'assurance qui, par essence, n'est pas contradictoire ? Et comment résoudre cette question du contradictoire par rapport à une pièce qui n'est pas contradictoire ? »

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Déjà, dans la formulation de la question, je dirais qu'un rapport n'est pas contradictoire tant qu'il n'est pas dans le procès. Et je dirais également que ce rapport peut être en possession d'une des parties, mais il est vrai que le rapport de l'expert d'assurance n'est pas transmis à l'assuré, il est transmis à l'assureur. Et souvent, l'assuré ne sait même pas ce qu'il y a dans ce rapport. Dans ce cas-là, on peut comprendre que l'assuré souhaite savoir ce qui pourrait l'accabler, au point qu'une compagnie refuse la garantie.

D'une manière générale, dans la procédure civile, nous avons l'article 11 du Code de procédure civile qui impose que chacun doit contribuer à la vérité dans la procédure et dans l'expertise. Je crois aussi savoir qu'à ce titre, quiconque possède une pièce qui serait nécessaire à la manifestation de la vérité, doit la produire.

Et si cette personne résiste, il est possible de demander au juge chargé du contrôle de l'expertise que cette pièce soit communiquée sous astreinte. La difficulté, puisque c'est le sujet, c'est le secret. Je ne sais pas moi ce que sont les accords entre une compagnie d'assurances et son expert. Peut-être que lui, il est tenu au secret vis-à-vis de son mandant. Et donc comment résoudre la question ?

Moi, personnellement, en tant qu'avocat, j'interroge les deux. J'interroge la compagnie et l'expert pour leur demander s'ils seraient d'accord pour communiquer ce rapport. D'ailleurs, je considère qu'il faut toujours demander à l'auteur d'un document, en tout cas informer l'auteur du document que l'on sera amené à communiquer ce qu'il a écrit, ce dont il est auteur. D'abord parce que c'est une règle de conduite dans la société, il n'est pas nécessaire que ce soit le procès. Ensuite, il peut lui aussi étoffer son rapport par d'autres considérations antérieures ou ultérieures. Par exemple, un rapport suivant qui dit « finalement, je vous ai écrit cela, je me suis trompé parce que depuis, j'ai eu telle information ». Donc, il est très important d'être transparent. Il n'y a pas de solution, c'est pour cela que l'on parle de secret relatif. On va tous concourir par des modes de conduite et un respect de la loi et de nos statuts à ce que la vérité émerge. Et nous avons tous une obligation de loyauté dans le procès.

Jean-François JACOB

Oui, et si l'expert considère qu'il ne dispose pas de tous les éléments, il peut toujours demander au juge l'autorisation de passer outre et à ce moment-là, peut demander le dépôt du rapport en l'état ou continuer avec les seuls éléments dont il dispose s'il pense que l'on peut aller encore un peu plus loin.

Nathan HATTAB, Expert de justice près de la Cour d'appel de Paris

Le rapport de l'expert d'assurance, ce n'est pas un rapport qui a été demandé par le juge. Ce rapport-là peut être utilisé par la compagnie d'assurances contre son assuré. Sinon, que peut-il en faire ? Quelle est sa valeur ?

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Il appartiendra à l'assuré de mettre en cause son assureur et peut-être même de lui demander des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il lui cause hors l'application de son contrat.

Je vais vous donner un exemple auquel j'ai été confronté. Un expert dans le domaine de la construction arrive, il note des dates et il va dire « réception de l'ouvrage tel jour », c'est dans son rapport. Et puis on s'aperçoit qu'il n'y a pas eu de réception ou qu'elle est plus tard, ou qu'elle est plus tôt, ou en tout cas que le maître d'ouvrage ne l'a pas prononcée. Certaines parties vont donc chercher à prouver cette date de réception parce qu'elle est inscrite dans un rapport d'expert qui doit intervenir d'une manière informelle, rapide et qui n'a pas conscience des conséquences de ce qu'il écrit et ça va servir de preuve. C'est donc un peu compliqué.

Nathan HATTAB, Expert de justice près de la Cour d'appel de Paris

Oui, mais à condition que ce document devienne contradictoire.

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Il est contradictoire s'il est communiqué.

Nathan HATTAB, Expert de justice près de la Cour d'appel de Paris

À partir du moment où il est communiqué, dans ce cas, l'expert y a accès.

Jean-François JACOB

Mais la date peut être fausse.

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

L'expert d'assurance a fait un rapport, il a pu rédiger son rapport dans une période antérieure à l'ouverture des opérations de l'expert de justice. Il y a dans ce rapport des éléments qui manquent aux parties. Là, j'ai donné l'exemple de la réception, mais il peut y avoir par exemple des photographies de quelque chose qui a disparu. Et donc, on sait que dans ce rapport, il y a la preuve de cet élément de fait. On va donc demander communication de ce rapport qui n'a pas été établi d'une manière contradictoire et dont le caractère non

contradictoire n'est pas remis en cause, uniquement parce que dans l'expertise judiciaire qui sera contradictoire, elle peut servir à la preuve de fait auquel l'expert a échappé.

Vincent VIGNEAU, Conseiller à la Cour de cassation

Je me demande s'il ne faut pas distinguer deux hypothèses lorsqu'il s'agit du rapport de l'expert d'assureur de l'assuré ou le rapport de l'assureur de l'adversaire de l'assuré ; parce que vous pouvez avoir un assureur de responsabilité et un assureur de dommages. Si c'est l'assureur de l'assuré, il a effectivement une obligation contractuelle à l'égard de son assuré lorsqu'il lui refuse une indemnisation.

C'est une obligation de loyauté entre deux parties contractuelles et on est là sur le terrain contractuel ; il peut obtenir la production par son propre assureur du rapport de l'expert d'assurance.

Les choses sont un peu plus compliquées lorsqu'il s'agit de l'assureur de l'adversaire. C'est-à-dire que l'on est en matière de responsabilité, la victime va demander la communication du rapport de l'expert de l'assureur de l'auteur des faits, donc de son adversaire. Là, la question est plus complexe puisque comme le disait Monsieur HATTAB, nous ne sommes pas dans une *discovery* en France, nous n'avons pas l'obligation de produire à son adversaire tous les éléments qui pourraient lui servir.

Je ne suis pas certain qu'il s'agisse d'une question qui relève du juge du contrôle et de l'expertise, mais plutôt du juge des référés pour obtenir la production d'une pièce sous astreinte. Mais je crois qu'il faut distinguer les deux hypothèses. L'hypothèse de l'expert de l'assureur de l'assuré, il n'y a aucune difficulté sur un plan contractuel. Sur le plan contractuel, il doit lui produire les éléments sur lesquels il fonde son offre d'indemnisation. La chose est plus complexe, et je n'ai pas en tête de jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obligation de l'assureur de responsabilité de produire le rapport de son expert à son adversaire.

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Je crois que votre propos se pose dans un cas de conflit entre l'assuré et l'assureur. Mais l'assuré qui n'a pas eu communication du rapport peut aussi ne pas faire de difficulté pour que l'assureur ne le communique pas. C'est-à-dire qu'il n'y a aucune difficulté, dites-vous, mais il n'y a aucune difficulté dans le cadre des relations contractuelles assuré-assureur.

Mais là, il s'agit d'autre autre champ, celui du champ expertal dans lequel la question de la garantie ne fait pas partie de l'expertise. Je pense que c'est plus difficile

Par ailleurs, je voudrais avoir une réponse plus complète en matière de construction. Il est évident qu'en matière de dommage ouvrage, qui est d'ordre public, la publication ne fait aucune difficulté. Et d'ailleurs, tout le monde a eu communication autant la victime, l'assuré que les constructeurs. Je crois que la question de la communication du rapport d'un expert en matière d'assurance de responsabilité est extrêmement délicate. Vous avez raison, Monsieur, il n'y a pas de jurisprudence de la Cour de cassation sur le sujet. Je pense qu'en dehors du conflit assureur-assuré, l'assureur est habile à refuser la communication de ce rapport parce que ça fait partie de son secret d'activité.

Jean-François JACOB

Pour répondre un peu à la question de Nathan. Dans les rapports d'assurance, les dates sont parfois fausses involontairement parce que l'expert d'assurance n'a pas eu les bonnes informations. Et dès lors qu'un rapport d'assurance est communiqué à l'expert, il se doit de vérifier la véracité de ce qu'il contient. Cela n'est pas facile, puisque l'on retombe dans l'histoire de la communication.

Jérôme CADARY : *« qui de l'accès au rapport d'expertise unilatéral établi par un expert d'assurance au titre d'une protection juridique ? »*

Vincent VIGNEAU, Conseiller à la Cour de cassation

En général, les parties produisent ces rapports, notamment lorsqu'elles saisissent le juge des référés pour obtenir une expertise judiciaire. Vous savez que la position de la Cour de cassation est que le juge ne peut pas refuser d'examiner un élément de preuve constitué par une expertise non judiciaire, mais il ne peut se fonder sur cette expertise non judiciaire que si elle est corroborée par d'autres éléments. À la lumière de l'article 145, très souvent, ce que font les parties, par exemple en matière de construction, on a soit un constat d'huissier qui prend quelques photos de désordre, soit une expertise qui a été faite par l'assureur de protection juridique et qui permet d'établir le caractère légitime de la demande sur le fondement de l'article 145. Puisqu'il faut que l'on ait un procès potentiellement envisageable qui soit relativement sérieux. Le juge va donc souvent avoir cela.

Et même dans les procès au fond, on a en général toujours le rapport d'expertise amiable, en tout cas non judiciaire, qui est complété par l'expertise judiciaire. Parfois, qui va dans le même sens, parfois dans des sens diamétralement opposés et les parties s'appuient sur l'un ou l'autre.

En général, on n'a pas de difficulté pour avoir cette expertise. Et si éventuellement, il y avait des difficultés, je pense que le juge chargé du contrôle pourrait demander qu'elle soit produite à l'expert si jamais l'expert estime qu'il en a besoin.

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Je voulais rajouter que la question de l'assurance de protection juridique pose beaucoup de problèmes en matière de secret. Un colloque pourrait y être consacré puisqu'il nous arrive fréquemment, nous les avocats, d'être sommés par des assurances de protection juridique dont nous ne sommes pas le conseil, d'avoir à leur communiquer des informations sur l'avancée de l'affaire, sur les conclusions adverses, sur ce qu'il en est, etc., alors que nous n'avons pas, sauf si notre client nous le demande, à le faire.

Docteur Michèle ALBOU, Expert près la Cour d'appel de Paris

J'ai une petite remarque. Je vous entends répéter « expert de l'assureur ». Or, en tout cas en médecine et en dentaire, puisque je suis expert en dentisterie, on ne dit jamais et il ne faut pas dire « expert d'assurance », parce que c'est un conseil d'assurance et non pas un expert. Ça, c'est un premier point sur lequel j'aimerais que l'on puisse me donner un autre éclairage.

Par ailleurs, il y a des discussions autour de la communication ou pas des rapports de ces conseils, puisque j'utilise le terme de conseil justement pour faire la différence. Il y a deux types de rapports. Comme tout le monde le sait, il y a le rapport réalisé soit sur pièces, soit unilatéralement en convoquant le patient ou le demandeur. Et ce rapport a été demandé par l'assureur qui règle les honoraires de son conseil et ce rapport est confidentiel. Je le répète, j'en suis sûre parce que j'ai souvent les deux casquettes, étant moi-même expert auprès de la Cour d'appel de Paris. Ainsi, je suis de temps en temps conseil d'assurance. On fait donc un rapport unilatéral, on l'adresse à l'assureur et la plupart du temps, il y a une petite note supplémentaire où l'on écrit « confidentiel ». Confidentiel signifie que ces éléments ne doivent pas être versés au dossier. Dans ce cas-là, ce rapport n'a aucune raison d'apparaître et il n'apparaît pas. Du reste, le patient ne sait pas qu'il y a un rapport, il n'a donc pas de raison de le réclamer.

En revanche, quand le rapport fait suite à une réunion contradictoire, il fait partie des pièces du dossier qui seront communiquées.

Mais j'ai quand même une petite observation qui me pose un problème tout au long de mon exercice. Nous disons que l'expert se doit d'être loyal, qu'il soit conseil d'assurance ou expert judiciaire. Du moment qu'il a prêté serment, il se doit d'être loyal, quelle que soit sa mission.

Jean-François JACOB

Je répondrai avant les quatre personnes que la troisième de votre intervention, cela s'appelle les règles de déontologie que tout le monde devrait connaître parfaitement.

Sur la notion de conseil d'assurance ?

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Je dirais d'abord que le conseil d'assurance, lorsqu'il n'a pas un statut professionnel personnel n'a pas prêté serment. Je dirais ensuite que nous sommes là dans l'expertise de justice. Dans l'expertise de justice, la partie est représentée par un avocat. L'expert d'assurance, puisque l'on dit expert d'assurance, est le conseil technique de l'avocat. Il est conseil technique de l'avocat parce qu'il est expert. Et c'est pour cela que l'on dit expert d'assurance, mais il est conseil technique. Et il n'y a pas d'autre solution, il n'a pas de mandat de représentation. Il ne représente personne, il ne peut donc qu'assister une partie. Mais comme cette partie est obligatoirement, depuis la réforme, y compris en référé, représentée uniquement par un avocat, il ne peut être que l'assistant technique de l'avocat.

Et malheureusement, les experts n'ont pas compris cette nuance, cette évolution, d'autant qu'il arrive que certains assureurs envoient leur expert sans l'avocat.

Donc, que fait-il là ? A-t-il un mandat de représentation ou est-il simplement l'assistant technique d'une partie qui elle-même est représentée par un avocat ? Vous avez eu raison de poser la question parce que vous avez eu la réponse, la vôtre. Mais elle ne peut pas être généralisée et vous avez raison, tout cela se résout par de la loyauté.

Jean-François JACOB

De toute façon, quand ce n'est pas l'avocat constitué, toute autre partie doit justifier d'un mandat devant l'expert de justice.

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

En référé maintenant, la constitution d'avocat est obligatoire.

Jean-François JACOB

C'est vrai. Sur la confidentialité du rapport ?

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Je dirais que du moment qu'un rapport existe quelque part, que quelqu'un le connaît, qu'il soit le premier, le deuxième, le confidentiel, nous savons qu'il peut y avoir deux rapports ; celui que l'on communique et le confidentiel. Du moment que l'un existe, la communication peut être demandée et à ce moment-là, le débat que nous avons eu se pose aussi sur ce rapport-là.

Nicolas GUICHARD, Expert près la Cour d'appel de Bordeaux

Je suis un peu stupéfait de ce que j'ai entendu sur les experts d'assurance. Je n'ai pas l'impression de vivre dans ce monde-là. Dans ce que vous avez exprimé, Maître, il y a clairement conflit d'intérêts de l'expert s'il est à la fois expert d'assurance et expert judiciaire. Je ne comprends pas, d'autant plus que je suis titulaire d'un DU d'expertise que j'ai eu il y a dix ans et dans lequel il était bien spécifié que quand on était expert judiciaire, il était fortement déconseillé d'être expert auprès d'assureurs, sous peine de n'être jamais nommé par les tribunaux. Donc, depuis, dix ans, dans les nombreuses expertises que j'ai eues à faire, j'ai toujours eu accès sans difficulté, et j'ai été confronté à des experts d'assurance. Et il est arrivé que mes travaux contredisent radicalement les travaux des experts d'assurance, ce qui m'a valu certaines critiques de leur part en disant que mon travail ne valait rien, n'avait aucune valeur technique. Je suis resté droit dans mes bottes et j'ai rendu mon rapport avec des travaux qui contredisaient clairement les rapports d'experts techniques.

Ma question, qui n'a rien à voir, qu'en est-il de l'accès ou du dévoilement du secret relatif comme il en est du délai de prescription ? Est-il lié à la gravité des faits qui sont examinés ? En clair, met-on sur le même plan un vol de voiture et l'assassinat d'une personne ?

Françoise ASSUS-JUTTNER, Avocat au Barreau de Nice

Je n'ai pas avalisé l'idée qu'un expert d'assurance pouvait être aussi expert de justice. J'ai simplement cité le texte d'ordre public qui fait que c'est imposé par la loi. C'est-à-dire qu'en matière de récusation d'un expert dommage ouvrage, le juge des référés doit nommer un expert de justice qui aura le rôle d'expert d'assurance. Et je dois dire d'ailleurs que dans l'hypothèse que j'ai eue à observer, le juge m'a demandé quel était l'expert qui connaissait un peu comment fonctionnait la DO, l'expert de compagnie qui pouvait à la fois être expert de justice et à la fois rendre un rapport dans les délais comme l'attendait l'assureur. C'est compliqué tout cela. Je n'ai pas de réponse pour le reste de la question.

Jean-François JACOB

Une autre question ?

Francis WOOG, Expert près la Cour d'appel de Paris

Il n'y a pas que les rapports d'experts d'assurance qui nous intéressent et que l'on a rarement. C'est extrêmement rare que l'on puisse les récupérer dans une expertise. Très rare parce que c'est toujours très confidentiel et on n'y arrive pas. Mais il n'y a pas que cela, on peut aussi avoir à récupérer des rapports d'experts judiciaires. J'ai le cas actuellement, un expert est sur le point de finir son rapport, mais il décède avant de le déposer. Il ne fait même pas un rapport de synthèse et donc ne fournit rien, au moins aux parties. Il aurait malgré tout communiqué des choses au tribunal ; assez surprenant.

Mais quand je demande aux parties si je peux récupérer les notes et le rapport, une partie ne dit « on n'y tient pas, on veut que vous recommenciez » et l'autre partie ne dit rien. Je pense qu'ils attendent comment va tourner l'expertise pour éventuellement confirmer ou changer leur opinion. Il s'agit d'une centaine de vitrines réfrigérées, ça va m'obliger à tout refaire, à tout reprendre, à faire les analyses, ça va coûter cher et ça va être très long. Qu'en pensez-vous ?

Fabrice DELBANO, Conseiller à la Cour de cassation

D'abord, on vous souhaite du courage. Dans la mission qui vous a été confiée par le juge, qui vous a nommé en remplacement du précédent expert, n'est-il pas précisé que les parties devraient-vous communiquer éventuellement tous les éléments que leur avait laissés l'ancien expert ? Cela faciliterait les choses éventuellement.

Francis WOOG, Expert près de la Cour d'appel de Paris

C'est encore plus compliqué parce que c'est le tribunal de Lausanne en Suisse qui m'a nommé et que tout passe par le tribunal. Donc, rien n'est communiqué et je n'ai pas pu démarrer les opérations tant que je n'avais pas reçu les pièces du tribunal.

Fabrice DELBANO, Conseiller à la Cour de cassation

Parce que dans cette situation en général, quand un expert succède à un autre pour une raison X ou Y, soit parce qu'on a estimé que le premier rapport n'était pas bon et qu'il fallait refaire une nouvelle expertise pour mieux éclairer la juridiction ; ce qui arrive de temps en temps. En général, dans la mission, le juge ou la juridiction indique que l'expert nouvellement désigné devra prendre connaissance du rapport. Mais là en général, c'est ça qui sous-entend que l'on a un rapport. Donc, dans votre cas précis, le juge aurait pu dire « les parties devront communiquer les éléments en leur possession », ce qui tombe sous le sens en matière d'expertise, puisque l'expert ne part pas de rien. Il part quand même d'une demande d'une partie, donc c'est quand même au départ à la partie qui allègue quelque chose d'en apporter la preuve ou en tout cas des commencements de preuve que l'expertise va développer, constater, avec un avis technique.

Donc, la seule solution, une fois encore, c'est le juge chargé du contrôle. Pour fréquenter la justice, soit comme avocat, soit comme expert, les experts attendant très longtemps avant d'être payés, vous savez très bien que la justice fonctionne très mal pour des questions de moyens. Il ne faut donc pas non plus tout attendre du juge chargé du contrôle. C'est malheureux de dire ça, mais le juge chargé du contrôle, c'est quelque chose que vous faites lorsque votre occupation principale vous laisse le temps de le faire. Et avec un secrétariat qui parfois n'existe pas, qui va mettre 15 jours à faire ce que vous lui avez demandé de faire, etc. Dans la mesure du possible, il faut toujours essayer d'obtenir l'accord des parties pour faire quelque chose s'il y a

une difficulté. Et il arrive quand même que les avocats se mettent d'accord sur un certain nombre de choses, même dans des dossiers qui peuvent être conflictuels. Il faut quand même faire preuve de bon sens, et il y en a heureusement quand même dans la plupart des situations que l'on rencontre.

En dernier ressort, contacter le juge chargé du contrôle, mais ce dernier n'aura pas forcément plus de réussite que les parties elles-mêmes. C'est toutefois la seule solution juridiquement faisable si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord. Sinon, il faut en effet refaire tout le travail avec les éléments que vous aurez, mais les parties ne pourront pas ensuite dire « mais si l'expert avait pris en compte ». Non, puisque l'expert a demandé, on ne lui a pas donné, tant pis pour les parties. À un moment, il ne faut pas pousser le bouchon trop loin, si vous me permettez l'expression.

Jean-François JACOB

On est un peu dans un cas particulier ici. J'en profite pour vous dire que les présidents des centres de formation et vos présidents de compagnie, quand il n'y a pas de centre de formation, disposeront sous une ou deux semaines, d'un module de formation appelé « l'empêchement majeur de l'expert ». Le décès, c'est un empêchement majeur.

Pierre MALICET, Vice-président du CNCEJ

Par visio, une question de **Michel ENTAT, Expert près la Cour d'appel de Paris** :
« Concernant le secret de l'instruction. Dans une affaire pénale, mais de nature fondamentalement commerciale, où l'enquête préliminaire a duré environ 8 ans, j'ai été sollicité par le défendeur pour donner un avis sur les constats ou rapports d'expertise privés apportés par les plaignants, constitués partie civile, pour tenter de donner et d'étayer leur thèse d'une malversation. Dans quelle mesure le prévenu peut-il faire appel à un expert de justice pour l'assister en lui communiquant des pièces de type constats ou rapports d'expertises privés, communiqués à l'enquête par des plaignants ? La question vaut autant pour une enquête préliminaire que pour une instruction ouverte ».

Fabrice DELBANO, Conseiller à la Cour de cassation

Je ne vais pas dire grand-chose en matière pénale, même si j'ai une petite expérience en matière pénale. En matière pénale, la preuve est libre. C'est l'article 427 du Code de procédure

pénale. Tant que la preuve n'est pas illicite, elle peut être apportée par tous moyens. C'est la seule réponse que je verrais et je ne vois rien qui interdise à une partie d'apporter cette preuve par une expertise non judiciaire, non contradictoire, qui sera soumise à l'appréciation éventuelle d'une juridiction.

Jean-François JACOB

Comme l'avait dit Pierre, la question était longue, la réponse était brève et précise. Je vous invite à prendre une pause d'un quart d'heure avant de reprendre sur le thème du secret absolu.

La séance est suspendue le temps d'une pause.



Jean-François JACOB

Les orateurs n'ont pas été épargnés par la COVID. Sur ce secret absolu, le premier intervenant était Didier FAURY, ancien président du Conseil national, mais ayant le COVID, il est remplacé par Pierre LOEPER, ancien président du Conseil national et expert-comptable comme Didier.



Pierre LOEPER
Ancien Président du CNCEJ et
expert agréé par la Cour de
cassation

Didier était toujours positif ce matin, lorsque je l'ai appelé afin de prendre connaissance de l'allocation qu'il avait préparée. Je vais donc vous la présenter en son nom et si vous applaudissez, les applaudissements seront pour lui parce que je crois qu'il nous suit en visio.

Il m'a demandé, en guise d'introduction, de rappeler l'article 226-13 du Code pénal qui stipule que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Mais cet article ne donne pas la liste des états, des professions, des fonctions, ni a fortiori des missions temporaires qui sont visées.

Pour les professions que l'on appelle les professions du chiffre, c'est-à-dire les experts-comptables et les commissaires aux comptes – c'est ce dont je suis chargé de vous parler – il existe des textes que nous allons examiner. Et d'où résultent des principes assez stricts et des exceptions qui sont assez peu nombreuses.

Concernant ces exceptions, le Code pénal prévoit leur possibilité par l'article qui suit immédiatement, à savoir l'article 226-14, qui dispose que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* » ; ces mots sont importants.

Nous allons donc examiner les règles applicables aux experts-comptables et aux commissaires aux comptes.

Et puisque vous êtes tous ici intervenants dans l'œuvre de justice, ce qui vous intéresse plus particulièrement, c'est que nous nous attachions à la position de l'expert de justice quand, au cours d'une mission d'expertise, il a besoin d'obtenir des informations d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes et que ceux-ci lui opposent le secret professionnel.

À cette fin, nous allons tâcher de répondre à trois questions. Premièrement, dans quelles circonstances un expert de justice peut-il avoir besoin des informations détenues par ces professionnels du chiffre ? Ce qui nous amènera très rapidement à regarder d'abord quelles sont les informations que détiennent les professionnels du chiffre ; première partie. Seconde partie, quelles sont les obligations des experts-comptables et des commissaires aux comptes et leurs limites ou exceptions sur le secret professionnel ? Et troisième partie, comme on va voir que ces contraintes sont importantes et que ces exceptions sont peu nombreuses, quels sont malgré tous les moyens dont l'expert de justice peut disposer pour avoir accès aux informations dont il a besoin ?

D'abord, quelles sont ces informations ? Pour rappel, un expert-comptable ou un commissaire aux comptes appartient à des professions réglementées. Les experts-comptables sont ainsi placés sous l'égide de l'ordre des experts-comptables, qui est placé sous la tutelle du ministère de l'Économie et des Finances. Les commissaires aux comptes, eux, sont placés sous l'égide de la Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes, qui est un établissement d'utilité publique placé auprès du garde des Sceaux. Les missions de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes sont distinctes. Pour une même entreprise, il y a une incompatibilité en France. C'est-à-dire que l'on peut être soit son expert-comptable, soit son commissaire aux comptes, mais pas les deux.

L'expert-comptable a pour mission d'établir, mais le plus souvent de réviser les comptes d'une entreprise qui généralement sont établis par son service comptable. Alors que le commissaire aux comptes a une mission de certification pour les tiers de garanties sur ces comptes, plus des missions annexes qui sont le devoir d'alerte lorsque l'entreprise rencontre des difficultés ou qui sont la révélation de faits délictueux au procureur de la République lorsqu'il en constate dans l'exercice de sa mission.

Quelles sont les circonstances maintenant dans lesquelles l'expert de justice peut avoir envie d'obtenir des informations de la part d'un professionnel du chiffre ? Ces situations sont nombreuses et variées ; je vais en donner quelques exemples. Au pénal, toutes les affaires de présentation de bilan inexact ou de diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Au civil, les actions en contrefaçon, les actions en concurrence déloyale. Dans ces cas-là, il s'agit comme pour la contrefaçon de repérer un chiffre d'affaires qui peut être détourné par des moyens illicites. Cela impose de regarder de quoi est composé le chiffre d'affaires de l'entreprise et de rechercher la marge dont celle-ci a été privée sur le chiffre d'affaires correspondant. Ce qui impose là aussi d'avoir accès aux comptes et d'avoir accès en particulier à ce que l'on appelle la comptabilité analytique. On a également comme exemple extrêmement fréquent, les évaluations de perte d'exploitation à la suite de sinistre industriel. Vous savez que dans ces cas-là, ce que l'on recherche, c'est le chiffre d'affaires qui a été perdu en conséquence du sinistre et la marge sur coûts variables qui a été perdue également en conséquence de la perte de ce chiffre d'affaires. Là aussi, il faut pouvoir rentrer dans la comptabilité, en particulier la comptabilité analytique de la société.

En matière administrative, il y a toutes les affaires d'évaluation du manque à gagner à la suite de résiliations anticipées pour motif d'intérêt général, de délégation de service public. Ces affaires sont nombreuses et imposent aussi de rentrer dans la comptabilité.

Mais pourquoi demander ces éléments à l'expert-comptable ou aux commissaires aux comptes ? Il y a ça deux types de raisons. Le premier type de raisons, c'est que la documentation peut avoir disparu. L'entreprise peut être placée en liquidation judiciaire et n'avoir pas établi de comptes dans les dernières années ou bien ses archives peuvent avoir brûlé. Donc, l'information peut avoir disparu. Mais plus fondamentalement, si l'expert de justice souhaite s'adresser aux professionnels du chiffre, c'est parce qu'il souhaite avoir une garantie sur la fiabilité des chiffres qu'il cherche. Cette garantie, un professionnel du chiffre peut la lui donner en lui disant qu'effectivement, il a fait les diligences que ferait normalement l'expert de justice s'il avait à établir les comptes pour s'assurer que ces comptes donnent bien une image fidèle de ce qu'il a envie de retracer.

Ainsi, si l'on recherche quelque chose auprès des professionnels du chiffre, c'est soit de suppléer à une carence si les chiffres ont disparu, soit, et c'est le cas le plus fréquent, de chercher une validation des chiffres qui sont nécessaires à l'expert de justice. Voilà pour le contexte et la première partie.

Nous allons maintenant examiner les textes qui régissent le secret professionnel des experts-comptables et des commissaires aux comptes. Pour les experts-comptables, le principe est tiré de l'article 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 qui organise la profession et qui précise : « *sous réserve de toutes dispositions législatives contraires, les experts-comptables, les salariés des experts-comptables, etc., sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines fixées par l'article 226-13 du Code pénal* ». C'était déjà l'article 226-13 du Code pénal. Il faut ajouter aux sanctions pénales prévues par cet article, la possibilité pour le professionnel de voir sa responsabilité engagée, à la fois sa responsabilité civile et sa responsabilité disciplinaire.

Il semble résulter de ces textes que l'expert-comptable commet le délit d'atteinte au secret professionnel chaque fois qu'il révèle une information dont il est dépositaire, sauf si un texte légal prévoit la levée de ce secret. La jurisprudence est intéressante à examiner. Et en particulier un arrêt qui a été rendu par la Cour de cassation le 8 février 2005, dans une affaire qui concernait l'éventuelle distinction à opérer entre les missions principales et secondaires du commissaire aux comptes ; argument que la Cour de cassation a balayé. Les termes sont tout à fait intéressants puisque la Cour a énoncé le principe selon lequel : « *quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu, à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce* ». Je trouve ça remarquablement écrit. D'abord, l'on affirme que le secret professionnel est absolu et l'on définit le contenu de ce secret. Il s'agit des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce.

Donc, ce secret professionnel de l'expert-comptable étant absolu, il va bien au-delà de la simple protection des intérêts de l'entreprise qui a contracté avec lui, ce qui explique que personne ne peut lever ce secret, même pas son client.

Les exceptions. Quelques-unes ont été prévues par des textes relativement épars. D'abord, le cas où le professionnel, l'expert-comptable, est lui-même mis en cause. Ceci pour respecter un article, qui a été cité par l'un des précédents orateurs, l'article 6 de la CEDH sur l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes, quand il est mis en cause et pour les besoins de sa défense, il a droit évidemment au procès équitable et par conséquent, il a le droit de dire ce qu'il a fait, ce qu'il y a dans son dossier. Cela a été confirmé pour le commissaire aux comptes par deux arrêts de la Cour de cassation.

Le secret professionnel est aussi levé vis-à-vis d'un co-commissaire aux comptes, vis-à-vis du commissaire aux comptes, vis-à-vis du commissaire aux comptes de l'entité consolidante, entre professionnels de la comptabilité intervenant dans la même entité, dans le cadre également de la déclaration de soupçon auprès de TRACFIN. Mais ce sont des exceptions qui sont strictement limitées et qui n'enlèvent rien au principe. Le principe étant que le secret professionnel de l'expert-comptable est absolu.

Pour le commissaire aux comptes, le fondement n'est pas tout à fait le même, mais les conséquences sont identiques. Le principe est posé par l'article 822-15 du Code de commerce : *« sous réserve des dispositions de l'article 823-12 et de dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions »*. Vous voyez que c'est un peu moins précis que ce qui a été écrit par la Cour de cassation qui a dit *« dont ils n'ont pu avoir connaissance que par leurs fonctions »*.

La violation du secret professionnel est pénalement sanctionnée. La levée du secret professionnel pour le commissaire aux comptes n'est pas davantage possible pour l'entité concernée. La Cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt de 2009 : *« le secret professionnel imposé au commissaire aux comptes est un secret professionnel à caractère absolu, dont il ne peut être délié que par une disposition législative spéciale. La société contrôlée n'a pas la maîtrise de ce secret et ne dispose pas du pouvoir, sauf à lui faire perdre toute portée, d'en délier le commissaire aux comptes »*.

Les exceptions. Ce sont d'abord les documents publics qui ne sont pas couverts par le secret. Le commissaire aux comptes peut avoir dans son dossier des comptes qui par ailleurs ont été publiés, des procès-verbaux d'assemblées et de réunions de conseil qui par ailleurs sont devenus publics. Ils ne sont pas couverts. Vous vous souvenez de la rédaction que l'on a vue tout à l'heure, *« il n'a pu en avoir connaissance que par sa fonction »*. En revanche, toute la documentation propre au commissaire aux comptes, et en particulier ses papiers de travail, ses comptes rendus d'entretien avec les dirigeants, tout cela est totalement couvert par le secret professionnel. Et même si l'on peut considérer que dans cette documentation, il y a une documentation qui appartient à la société, cette documentation ne peut être demandée qu'à la société. On verra tout à l'heure que c'est l'article 275 du Code de procédure civile. Si le commissaire aux comptes donne ces papiers qui sont dans ses dossiers à l'expert judiciaire, il viole son secret professionnel.

La loi prévoit quelques situations dans lesquelles la levée du secret professionnel est possible, au moins partiellement, ce qui conduit d'ailleurs à distinguer un échange oral d'informations – on appelle ça la simple levée du secret professionnel – ou une levée du secret professionnel assortie de la communication de documents de l'entreprise, ou une levée du secret professionnel assortie d'un accès au dossier de travail du professionnel. Ainsi, en matière de difficulté des entreprises, la loi précise que « *le commissaire aux comptes peut avoir des contacts (on est là dans le premier niveau de levée de secret) avec l'administrateur judiciaire ou le liquidateur, avec le président du tribunal de commerce ou avec le juge-commissaire* ».

Ainsi, aucun texte ne permet à l'expert de justice de relever un commissaire aux comptes ou un expert-comptable de son secret professionnel.

Troisième partie, y a-t-il malgré tout des moyens pour l'expert de justice d'accéder aux informations dont il a besoin ? Il convient de distinguer les procédures pénales et les procédures civiles, commerciales et administratives.

En matière de procédure pénale, cela a été dit par Vincent VIGNEAU tout à l'heure, il existe une disposition, qui est assez efficace, qui est la demande aux magistrats instructeurs d'établir une réquisition. La réquisition judiciaire est un acte de procédure écrit par lequel un officier de police judiciaire ou un magistrat enjoint une personne – l'expert-comptable, le commissaire aux comptes – de fournir des documents qu'elle détient. À ce titre, une circulaire du ministère de la Justice de 2004 précise que « *ces dispositions donnent désormais clairement aux enquêteurs le droit de procéder à des réquisitions, même en préliminaire, auprès des organismes sociaux, fiscaux ou bancaires (on aurait pu ajouter et des commissaires aux comptes et experts-comptables) qui ne pourront opposer le secret professionnel pour refuser de remettre les documents requis* ». Par conséquent, en matière pénale, très souvent, on procède à la saisie des dossiers des commissaires aux comptes.

Le texte ajoute : « *il en résulte que malgré l'importance des missions confiées aux commissaires aux comptes et aux experts-comptables, ceux-ci ne peuvent se soustraire aux réquisitions du procureur de la République au motif que leur profession serait une profession libérale organisée en ordre ou dont le titre serait protégé* ». Donc, en matière pénale, la réquisition est la solution.

Et dans les procédures civiles ? Dans les procédures civiles, il n'y a vraiment pas d'exception qui permette à un expert-comptable, un commissaire aux comptes de déférer à une demande de renseignements de la part d'un expert de justice.

Toutefois, comme on l'a annoncé un peu plus haut, il existe un article 275 du Code de procédure civile qui dispose que « *les parties, (ce n'est pas l'expert-comptable, sauf quand il est mis en cause) doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. En cas de carence des parties, l'expert en informe le juge qui peut ordonner la production des documents s'il y a lieu sous astreinte ou bien, le cas échéant, autoriser l'expert à passer outre et à déposer son rapport en l'état. La juridiction du jugement peut tirer toutes conséquences de droit du défaut de communication des documents de l'expert* ».

Et là, il y a peut-être une solution ou un moyen de contourner l'interdit, de contourner les contraintes du secret professionnel. L'expert de justice ne s'adresse pas directement au commissaire aux comptes ou à l'expert-comptable, c'est-à-dire aux professionnels du chiffre. Il s'adresse à l'entreprise et il établit une espèce de verbatim ou une déclaration, en général des tableaux de chiffres, avec les réponses qui correspondent aux questions qu'a posées l'expert de justice. Le dirigeant de l'entreprise ou son mandataire sollicite lui-même son expert-comptable ou son commissaire aux comptes pour donner une validation de ces chiffres et de ces informations. C'est toujours le dirigeant d'entreprise qui remet cette attestation à l'expert de justice. Que dit l'attestation ? L'attestation dit « après vérification, les chiffres remis dans le document sont conformes à la comptabilité ».

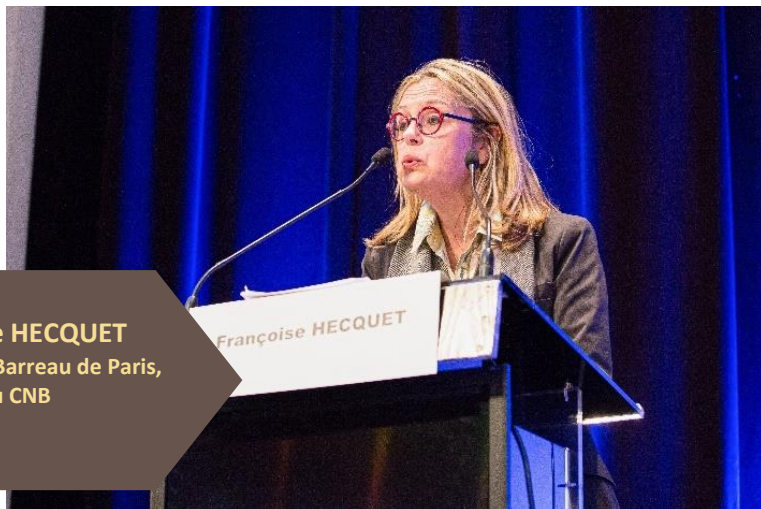
C'est-à-dire aux comptes annuels qui ont été, selon les cas, soit établis ou révisés par l'expert-comptable, soit certifiés par le commissaire aux comptes, ce qui leur confère une garantie de fiabilité, d'authenticité qui est de nature à rassurer l'expert de justice. Bien sûr, cela ne se substitue pas à une véritable expertise judiciaire, mais c'est quand même un plus considérable.

Cette espèce de contournement est donc tout à fait possible et est d'ailleurs organisée par la profession du commissaire aux comptes, qui a donné un nom à ces attestations. Autrefois, on les appelait les diligences directement liées (DDL) et on les appelle maintenant les services autres que la certification (SAC). Ces services sont possibles si le document a été rédigé par l'entreprise, si bien sûr l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes bénéficie d'une totale liberté pour effectuer les travaux qu'il estime nécessaires pour garantir que les chiffres sont bien conformes à ceux de la comptabilité et si le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable se limite à cela.

Je n'ai pas eu l'occasion d'en parler avec Didier, mais je pense personnellement que le professionnel du chiffre doit strictement se limiter à remettre le document. Il ne lui appartient pas ensuite de venir participer à une réunion d'expertise. Parce que très vraisemblablement, il sera alors contraint, par les questions de l'expert, de trahir son secret professionnel en révélant des informations qui sont dans son dossier ou dans les pièces que lui a remises l'entreprise.

Voilà ce mode de contournement qui permet, dans les affaires civiles, à l'expert de justice d'avoir accès à des informations qui bénéficient d'une sorte de certification, en tout cas d'une certaine garantie d'authenticité de la part du professionnel du chiffre.

En résumé, le secret professionnel de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes est un secret absolu et les exceptions sont peu nombreuses. Il existe deux manières pour l'expert de justice, malgré tout, d'obtenir des informations de la part des professionnels du chiffre : les réquisitions en matière judiciaire et ce qu'on appelle les SAC, ce processus de contournement en matière civile. Je vous remercie de votre attention.



Françoise HECQUET
 Avocat au Barreau de Paris,
 membre du CNB

Bonjour à tous et à toutes. Dix minutes pour évoquer ce sujet assez vaste, c'est peu, mais je vais me plier à l'exercice et rendre mon propos le plus concis. Ce d'autant que notre Président GAVAUDAN a déjà évoqué le sujet, le contour du secret et son évolution récente.

En expertise, puisque nous nous croisons tous les jours ou presque, pour se comprendre, il est important de connaître nos écosystèmes respectifs et ces rencontres sont autant d'occasions d'échanger et de partager à ce sujet.

En ce qui concerne les avocats, en premier lieu, les sources de ce secret professionnel. Elles résultent de la loi du 31 décembre 1971 qui énonce dans un article 66-5 : *« en toute matière, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières qui portent la mention officielle, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel »*.

Donc, ce secret doit être respecté également par tout professionnel qui est autorisé à exercer la profession d'avocat, même partiellement. Et également, il doit être respecté par les stagiaires qui nous accompagnent parfois aux réunions.

Ce texte de loi est complété par le décret du 12 juillet 2005 qui prévoit en son article 4 : *« sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclarations ou de révélations prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet en toute matière aucune divulgation contrevenant au secret professionnel »*, ce qui explique parfois nos réponses et nos réactions en expertise.

Le législateur a par ailleurs confié le soin au Conseil national des barreaux d'unifier, par voie de disposition générale, nos règles et usages. Ce règlement intérieur national (RIN) constitue le socle de la déontologie commune de tous les avocats exerçant en France. Sachant qu'il intègre également le code de déontologie des avocats européens. Il comporte un article 2 qui prévoit que *« l'avocat est le confident nécessaire du client, que le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu, illimité dans le temps »*. Le texte reprend le décret en prévoyant que *« sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toutes les juridictions et des cas de déclarations ou de révélations prévues autorisées par la loi, l'avocat ne commet en toute matière aucune divulgation contrevenant au secret »*.

Son étendue. Vous l'avez vu, il recouvre toute matière et plus particulièrement les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci. Les correspondances, ce sont plutôt des questions qui nous sont posées par les clients que les experts, mais les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception, comme je l'ai indiqué, de celles qui comportent mention « officiel », les notes d'entretien et toutes les pièces du dossier.

Pour moi, les pièces du dossier, ça peut être un rapport d'un expert d'assurance. Toutes les informations ou les confidences reçues du client, le nom des clients. Même si vous voyez parfois dans la presse des noms de clients divulgués plus particulièrement à l'occasion d'opérations de fusions-acquisitions, mais normalement, ces noms sont couverts par le secret. Les règlements pécuniaires et les managements de fonds. Les informations demandées par les commissaires aux comptes, mais il s'agit plutôt de demandes de clients qui nous font suivre les courriers des commissaires aux comptes en nous demandant de répondre directement, ce que l'on ne doit pas faire. On répond aux clients qui transmettent. Une petite exception qui concerne les procédures d'appels d'offres publics ou privés, avec l'accord des clients bien entendu, mais il faut bien mentionner des références. Donc, le nom d'opérations dans lesquelles nous aurions pu intervenir.

Je vais passer sur le code de déontologie des avocats européens, compte tenu du temps. Quelques applications jurisprudentielles. La Cour de Justice de l'Union européenne est venue préciser, en ce qui concerne les correspondances, que *« ce sont des correspondances qui doivent être échangées pour l'exercice du droit de la défense et qu'elles doivent émaner d'un avocat indépendant, c'est-à-dire un avocat non lié au client par un rapport d'emploi »*.

Le tribunal de l'Union européenne précise le champ d'application de la confidentialité, donc qui s'étend « *aux documents préparatoires qu'un client prépare exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat dans l'exercice des droits de la défense* ».

Enfin, la CEDH a rappelé que l'avocat est soumis au secret de l'instruction. Je cite l'affaire MOR contre France de décembre 2011, dans laquelle il est rappelé par la Cour : « *il est légitime d'accorder une protection particulière au secret de l'instruction, compte tenu de l'enjeu de la procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen* ». Cette jurisprudence de la CEDH est par ailleurs très protectrice.

Une autre décision de mai 2018, pour laquelle il y a une décision antérieure contraire, est intéressante puisque c'était une simple feuille de papier pliée en deux, sur laquelle l'avocat avait écrit un message, l'avait remis à ses clients. Il a été considéré que c'était une correspondance protégée par le secret.

L'on voit que ce secret est protégé d'une manière importante et c'est heureux. Ce secret professionnel emporte le devoir de se taire, le droit d'opposer le silence. Par ailleurs, il est sanctionné. Il y a deux types de sanctions : les sanctions pénales, donc l'article 227-13 du Code pénal qui prévoit une exception à l'article 226-14. Et des sanctions disciplinaires prononcées à Paris par le Conseil de discipline du barreau de Paris, en province par des Conseils régionaux de discipline. Ces sanctions prévues par le décret de novembre 1991 vont de l'avertissement au blâme, à l'interdiction temporaire d'exercer, qui ne peut excéder trois années, à la radiation ou au retrait de l'honorariat. Ce sont donc des sanctions importantes.

L'évolution du secret professionnel. Le Président GAVAUDAN vous en a dit quelques mots. Il y a eu un fort débat et une mobilisation importante de tous les avocats de France et du Conseil national des barreaux à l'occasion du projet de loi Confiance, qui a été présenté par le Garde des sceaux, Monsieur DUPONT-MORETTI en avril 2021. Nous avons demandé un amendement de suppression, mais qui malheureusement n'a pas été retenu. Pourquoi cette forte mobilisation ? Vous êtes experts, certains en construction, vous savez qu'une simple faille, ça n'est rien, mais que ma foi, ça peut emporter des conséquences lourdes dans le futur.

En l'espèce, cette loi introduit une exception au caractère absolu du secret de l'avocat, qui intervient en cas de conseil. « *Dans les cas de fraude fiscale, de corruption ou de trafic d'influence, si les pièces ou consultations détenues par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission de ces infractions* ». Malheureusement, l'amendement n'a pas été retenu et le texte a été modifié. Pourquoi ce combat ?

Lorsqu'on parle de secret professionnel de l'avocat, sous le contrôle de mon bâtonnier, Marie-Aimée PEYRON, je dirais que c'est presque impropre, puisque c'est avant tout le secret du client. Pour nous, c'est un secret qui structure notre profession, c'est un secret qui est consubstantiel à notre profession. Ainsi, comment pouvoir défendre un client si celui-ci n'a pas la certitude de pouvoir se livrer complètement, de pouvoir tout nous dire, de pouvoir nous montrer tous les documents en ayant la certitude qu'ils ne seront pas utilisés contre lui ? Je ne suis pas fiscaliste, vous l'aurez compris, mais comment pouvoir conseiller un client pour lui dire s'il est conforme ou pas à une réglementation s'il craint que les documents qu'il va communiquer ou ce qui va être échangé pourraient être saisis ? Comment ce texte va-t-il être appliqué ?

Ça, c'est côté avocat et défense des clients, mais pour rétablir l'équilibre, je citerai Philippe BONNECARRERE, le rapporteur du projet de loi qui l'a défendu, et qui dit « *au-delà des 70 000 avocats, pensez aux enquêteurs, aux juges d'instruction, aux associations anticorruptions. Une extension illimitée du secret des avocats au domaine du conseil ne permettra pas à notre société de lutter correctement contre la corruption ou la fraude fiscale* ». Nous en sommes là des textes et de leur évolution.

En synthèse, je dirais que les avocats, dans l'intérêt du justiciable, sont attachés à leurs principes et au caractère absolu, général et illimité du secret. Que les exceptions qui existent sont limitées et qu'elles doivent le rester. Je pense que nous serons très vigilants et attentifs à la manière dont ces textes seront appliqués. Merci.

Jean-François JACOB :

Merci, Maître HECQUET, c'est toujours intéressant de connaître les obligations des autres.



Bertrand LUDÉS

Expert de justice agréé par la
Cour de cassation

Merci beaucoup. Je vais envisager devant vous le secret professionnel pour les médecins. Je vais tout d'abord le redéfinir, puis nous verrons le secret professionnel dans l'exercice de la médecine de façon générale, puis dans l'expertise médicale ; tout ceci en dix minutes.

Tout d'abord, il est bien sûr visé par le serment d'Hippocrate qui dispose : *« admis à l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira les secrets qui me seront confiés et mon état ne servira pas à corrompre les mœurs ni à favoriser les crimes »*. En effet, ce secret professionnel est le fondement nécessaire à la confiance du malade, qui impose une totale discrétion de ce que le médecin pourrait apprendre par rapport à des tiers. Je citerai l'arrêt princeps de la Cour de cassation du 19 décembre 1955 qui disposait : *« en imposant à certaines personnes sous une sanction pénale l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a assuré la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions »*.

Je rappelle quand même que le secret professionnel est institué dans l'intérêt du patient et le secret ne peut pas être opposé au patient lui-même. Actuellement, le secret professionnel qui s'impose au médecin, dans les conditions de l'article 4127-4 du code de déontologie dit, et c'est très important, que *« ce secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession. C'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié (ce que l'on peut comprendre), mais également ce qu'il a vu, entendu ou compris »*. En matière d'expertise, ceci est très important.

Nous devons naturellement veiller à ce que les personnes qui nous assistent soient également informées des obligations en matière de secret professionnel.

Je ne rappelle pas l'article du Code pénal qui a été rappelé avant, l'article 226-13 qui vise le secret professionnel. Je rappellerai par ailleurs l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 mai 1947 de la Cour de cassation, qui précise que « *l'obligation du secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Cette obligation est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir* ». Et là, je cite certaines conditions. Par exemple, le patient ne peut pas délier le médecin de son obligation de secret. Cette obligation ne cesse pas après le décès du patient. Le secret s'impose même devant le juge. Et ce secret s'impose à l'égard d'autres médecins, d'autres professionnels, dès lors qu'il ne concourt pas à un acte de soin, à un acte de prévention par rapport au patient. Le secret s'impose par exemple aussi aux services fiscaux qui peuvent venir dans le cabinet médical.

D'autres situations où nous sommes obligés de signaler certaines choses et donc où le secret n'existe pas. Notamment, la déclaration des naissances, la déclaration des décès. Nous devons également établir des certificats en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles. Il y a encore d'autres éléments dans cette liste que je ne citerai pas. Et nous bénéficions également d'autorisations dans certaines conditions, pour signaler au procureur de la République ou à d'autres autorités si nous pensons que des sévices ont été constatés lors de notre examen, qui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques ont été réalisées à l'encontre des personnes que nous voyons.

Il y a également, vis-à-vis du Président du Conseil départemental, les informations que nous pouvons lui donner pour des situations préoccupantes sur les mineurs en danger ou risquant d'être en danger. Il y a d'autres éléments également.

Chose importante, le secret professionnel s'impose donc même après le décès du patient. En effet, ces éléments de secret ne font naturellement pas obstacle à ce que certaines informations concernant une personne décédée soient délivrées à leurs ayants droit, mais dans la mesure uniquement où elles sont nécessaires pour permettre aux ayants droit de connaître les causes du décès, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf naturellement si la personne qui est décédée s'y est opposée avant son décès.

En matière d'expertise médicale, la déclinaison de ce secret est faite dans le code de déontologie, qui consacre quelques articles à la médecine d'expertise. Il y a tout d'abord des articles qui disent que nous ne pouvons pas être médecins experts et médecins traitants pour le même patient, que nous devons nous récuser quand les questions dépassent notre spécialité. Mais surtout, c'est dans la rédaction du rapport.

En effet, l'article 108 du code de déontologie indique que « *dans la rédaction de notre rapport, le médecin expert ne doit révéler que des éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise* ». C'est tout à fait important, car cela signifie que le médecin, pour le magistrat, n'a pas de secret dans les termes de la mission. Il est seulement chargé de répondre aux questions d'ordre médical de cette mission et doit donc taire tout ce qu'il a pu apprendre ou comprendre lors de l'examen et lors de l'examen des pièces pour effectuer cette mission.

Le secret professionnel s'applique en matière expertale aux antécédents médicaux. Nous demandons aux patients les antécédents médicaux et à ce niveau-là, nous devons faire le tri entre les antécédents qui peuvent interférer avec les séquelles, donc avec les questions de la mission, et aux antécédents qui n'interfèrent pas et qui ne doivent donc ne pas figurer dans notre rapport et ne doivent pas également être évoqués quand nous rendons compte aux parties, après l'examen médical, des résultats de cet examen. Donc, que ce soit oral ou que ce soit écrit, nous devons faire attention à ne répondre qu'à la mission et de laisser les données médicales que nous avons pu comprendre, apprendre ou que nous avons eues à connaître lors de notre examen médical. C'est quelque chose qui est éminemment important.

L'un des derniers points importants, c'est l'accès au dossier médical. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la communication des dossiers médicaux au médecin expert, qui est régulièrement désigné. Toutefois, le code de déontologie dit que comme le médecin expert n'a pas participé à la prise en charge médicale, au diagnostic ou prévention, cette communication directe ne peut pas être faite. Donc, ce que nous demandons, c'est que la personne qui est expertisée remette, par l'intermédiaire de ses conseils, son dossier médical en l'ayant demandé auparavant. En demandant sa communication au service hospitalier et quand il s'agit d'un médecin traitant, que le médecin traitant fasse un résumé de la prise en charge et des traitements qu'il remettra directement au patient lui-même et le patient le transmettra aux conseils qui vont le diffuser aux autres parties et au médecin expert. Il est important de respecter cette communication par l'intermédiaire du patient et de ne pas avoir accès directement ou de ne pas prendre un accès direct de ce dossier au niveau hospitalier.

En matière pénale, l'accès au dossier est un petit peu plus simple puisque normalement, le magistrat-instructeur place le dossier médical sous scellés et le scellé est communiqué à l'expert qui l'ouvre et qui le reconstitue. Nous n'avons pas de difficulté quand ces dossiers sont mis sous scellés, mais la réponse aux questions du magistrat obéira au même principe. C'est-à-dire que nous ne prendrons que les éléments qui permettent de répondre à la mission et nous laisserons de côté d'autres éléments médicaux qui sont donc hors champ de la mission.

En conclusion, ce secret professionnel qui s'impose au médecin est donc encadré strictement par la loi et il couvre tout ce qui est venu à notre connaissance dans l'exercice de notre profession. Cependant, il ne constitue pas un pouvoir du médecin, il doit être préservé dans l'intérêt du patient. Merci beaucoup.



Sylvie MENOTTI

Juge titulaire près la Cour de
Justice de la République

On m'a demandé de vous parler du secret de l'enquête et de l'instruction. Ce secret de l'enquête et de l'instruction fait l'objet de plusieurs textes en droit français. Le plus important, c'est l'article 11 du Code de procédure pénale que les avocats connaissent bien puisqu'il dispose : « *la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret* »

Pour les journalistes, il existe aussi un autre texte qui est l'article 38 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 et qui dit qu'il est interdit de publier les actes d'accusation et tout autre acte de procédure criminelle ou correctionnelle avant il n'ait été lu en audience publique. En fait, ce texte vise à interdire la publication de fac-similés et de pièces issues de l'enquête ou de l'instruction, comme on en voit dans certaines publications.

Il y a un dernier texte à évoquer, mais qui est très rarement appliqué, c'est celui de l'article 434-7-2 du Code pénal qui cette fois-ci incrimine : « le fait pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité ».

Chacun comprend que cette exigence de secret est justifiée en droit français par un double souci. D'abord celui de ne pas compromettre l'efficacité des mesures d'enquête ou d'instruction à venir. Il est sûr que si vous annoncez que vous allez faire une perquisition, il est fort probable que vous ne trouverez rien à saisir au moment où celle-ci sera faite. Et puis, autre considération qui compte également beaucoup, c'est le souci de ne pas porter atteinte à la présomption d'innocence de ceux qui sont visés par l'enquête ou l'instruction. Les journalistes nous répètent à l'envi qu'ils disent tout ça sous réserve évidemment de respect de la présomption d'innocence.

La violation de ce secret, ainsi d'ailleurs que de tout secret, est punie par l'article 226-13 du Code pénal d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ; Pierre LOEPER l'a rappelé. Je précise également que le Code pénal prévoit aussi des exceptions, c'est-à-dire des cas où le secret est levé. C'est par exemple le cas du professionnel de santé qui dénonce l'existence de violences physiques, sexuelles ou psychiques sur un mineur.

Je me propose donc de vous exposer dans un premier temps ce que recouvre réellement le concept de secret de l'enquête et de l'instruction, avant d'aborder dans un second temps les difficultés pratiques qui peuvent résulter de l'application de ce secret.

Que recouvre finalement le secret de l'enquête et de l'instruction ? À lire l'article 11 du Code de procédure pénale un peu vite, on pourrait avoir l'impression que le secret de l'enquête et de l'instruction est absolu. En réalité, il n'en est rien pour une double raison. D'abord, tout le monde n'est pas tenu au secret de l'enquête et de l'instruction. Et secondement, alors même que l'instruction est en cours. Il y a des moments où les audiences sont publiques et permettent à tout un chacun de suivre les débats et donc d'être informés sur les faits reprochés à tel ou tel mis en examen. Tout le monde n'est pas tenu au secret de l'enquête et de l'instruction, puisque je vous ai lu le texte et si vous avez été attentifs, vous aurez observé que le secret s'impose à ceux qui concourent à la procédure.

Mais, me direz-vous, qui concourt à la procédure ? Évidemment, il y a les fonctionnaires de police ou de gendarmerie. Et c'est ainsi que la Chambre criminelle a condamné un inspecteur de police des renseignements généraux qui avait révélé à un tiers des informations extraites du fichier des personnes recherchées auxquelles il avait accès à raison de ses fonctions. C'est un arrêt de 1996. Elle a également censuré le fait pour des fonctionnaires de police de permettre à des journalistes de filmer certaines opérations couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction. En l'espèce, il s'agissait de perquisitions et saisies, alors même, c'est important de le préciser, que les journalistes avaient obtenu l'autorisation de la hiérarchie judiciaire. Il s'agit d'un arrêt de 2017 et la Chambre criminelle l'a réitéré en 2019. Cette décision a d'ailleurs conduit le ministère de la Justice à diffuser une circulaire en avril 2017 pour rappeler cette interdiction formelle, quand bien même le but poursuivi serait pédagogique. C'est-à-dire aurait pour objet d'informer le public sur la manière dont la police et la justice travaillent.

Sont également tenus au secret les magistrats et les greffiers qui les assistent. De même, sont tenues au secret les personnes dont l'intervention est requise par l'autorité judiciaire. C'est le cas des experts, des interprètes ou de toute autre personne requise. Et puis il y a le cas du ministère public. Ce cas est un peu particulier, il est effectivement tenu au secret de l'enquête et de l'instruction, mais son obligation n'est pas absolue en raison d'une précision apportée par l'article 11 du Code de procédure pénale qui prévoit qu'« il peut rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».

C'est finalement ce que vous avez tous vécu à propos de l'attentat du Bataclan, pour lequel le procureur de la République de Paris de l'époque, Monsieur MOLINS, faisait régulièrement des communiqués pour nous informer de l'état d'avancement de l'enquête. Ce qui, je le précise, a quand même constitué à l'époque une nouveauté qui a été saluée par tous.

Ainsi et par une lecture a contrario de l'article 11, on peut en déduire que tous les autres intervenants ne sont pas tenus au secret de l'enquête et de l'instruction. À savoir les parties elles-mêmes, qu'elles soient mises en cause ou victimes. C'est une exception tout à fait importante. Ne sont pas non plus tenues au secret les personnes qui sont entendues en qualité de témoin.

Les avocats ne sont pas non plus tenus au secret de l'enquête et de l'instruction, mais ils sont tenus d'une manière plus générale au secret professionnel, en application du décret qui régit leur statut. Ils commettent donc une violation du secret professionnel lorsqu'ils diffusent des informations secrètes à un tiers, sans nécessité pour les droits de la défense ; et j'insiste sur cette précision. C'est ainsi qu'un avocat a pu être condamné pour avoir renseigné le complice de son client, qui n'avait pas encore été interpellé, pour lui permettre d'échapper aux poursuites. C'est un arrêt de 2004, mais c'est un cas tout à fait exceptionnel et il me semble que c'est de bon sens.

En revanche, il est de nombreux cas dans lesquels l'avocat est à l'abri de toute poursuite. C'est notamment le cas lorsqu'il s'exprime devant les médias au nom de son client ; la presse nous en apporte des exemples quotidiennement. Dans cette hypothèse, la jurisprudence, et en particulier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, estime que l'avocat est légitime dans deux cas. D'abord, lorsqu'il prend la parole dans le cadre de l'exercice des droits de la défense, mais aussi quand l'avocat commente les pièces d'un dossier dans une affaire concernant un débat d'intérêt général. C'est un arrêt de la CEDH du 15 décembre 2011 qui l'a dit.

Nous avons vu quelles étaient les personnes tenues au secret de l'instruction et nous voyons qu'il y a d'énormes « trous » dans la trame.

Et puis il y a une autre considération, c'est que le secret de l'instruction cède à chaque fois qu'il est prévu pendant l'instruction, ce que j'appelle des fenêtres de publicité. C'est-à-dire des audiences qui se tiennent publiquement et qui permettent en réalité à chacun d'assister aux débats. En effet, je le dis surtout pour les experts, parce que les avocats connaissent tout ça par cœur, il y a des moments au cours de l'instruction où les débats ont lieu en audience publique, de sorte que certaines informations peuvent être portées à la connaissance de tous. C'est par exemple le cas des débats devant le juge des libertés de la détention.

Le juge des libertés et de la détention est celui qui est chargé de statuer sur la détention provisoire, le placement sous bracelet électronique et éventuellement le contrôle judiciaire. Or le juge des libertés ne peut prononcer une mesure coercitive de cette nature qu'à l'égard des personnes contre lesquelles il existe des indices graves ou concordants d'avoir participé à l'infraction. De ce fait, seront nécessairement évoqués, d'une manière plus ou moins détaillée, les faits objets de l'instruction. C'est également le cas des débats qui ont lieu devant la Chambre de l'instruction, qui est une formation de la Cour d'appel, chargée de statuer précisément sur l'appel concernant les mesures de contraintes ordonnées par le JLD. Enfin, c'est le cas des débats devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation, devant laquelle les débats sont publics. Mais je dois à la vérité de dire que nous n'avons pas beaucoup de succès en raison de la très grande technicité des échanges.

Je précise qu'il peut être très utile à la presse, et la presse le sait d'ailleurs très bien, de profiter de ses fenêtres de publicité pour assister aux audiences et informer sur des affaires qui sont évoquées en audience publique. À ce moment-là, ils ne contreviennent à rien.

Je veux maintenant envisager avec vous deux difficultés spécifiques qui résultent du secret de l'enquête et de l'instruction.

Première difficulté, ce sont celles qui sont rencontrées par les parties lorsqu'elles ont besoin, dans le cadre d'un procès civil, de pièces qui figurent dans un dossier pénal. Imaginons par exemple le cas d'un demandeur qui a lancé une assignation au civil pour obtenir la réparation du préjudice que lui a causé un accident du travail, accident du travail qui a donné lieu par ailleurs à l'ouverture d'une instruction pour blessure involontaire à la demande du parquet, et cette procédure vise l'employeur. Lorsque la victime s'est constituée partie civile devant le juge d'instruction, elle devient partie au procès. Donc, à ce titre, elle a le droit d'accéder à toutes les pièces du dossier, puisque l'article 114 du Code de procédure pénale prévoit que l'avocat de la partie ou la partie elle-même, si elle n'a pas d'avocat, peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. Mais ce n'est pas tout d'avoir un accès personnel aux pièces, encore faut-il savoir ce que la partie civile peut en faire et si en particulier elle a le droit elle-même de le transmettre à des tiers. Et notamment par exemple au juge chargé de l'instance civile.

À cet égard, l'article 114 nous apporte une réponse puisqu'il précise : « seules les copies des rapports d'expertise peuvent être communiquées par les parties ou leurs avocats à des tiers pour les besoins de la défense ». Il faut donc distinguer selon la nature de la pièce que l'on veut communiquer. S'il s'agit d'un rapport d'expertise pénale, il n'y aura pas de problème puisque le texte envisage cette possibilité. Cependant, pour toutes les autres pièces figurant dans un dossier pénal, ce n'est pas le cas. Il faut alors se référer à l'article R.155 du Code de procédure pénale qui dispose que « toutes les autres pièces de la procédure peuvent être délivrées aux parties avec l'autorisation du Procureur de la République ou du Procureur général ». Ça, c'est dans le cas où la victime s'est constituée partie civile. En revanche, quand la victime ne s'est pas constituée partie civile dans le procès pénal, c'est vrai qu'elle sera confrontée à une difficulté supplémentaire qui fait qu'elle n'a pas accès au dossier, elle peut donc même ignorer l'existence d'une pièce qui s'y trouverait et qui serait susceptible de l'intéresser.

Donc, la morale de l'histoire, c'est qu'il peut être intéressant pour la victime de se constituer partie civile dans le procès pénal pour bénéficier au moins de l'accès au dossier. S'agissant de cette partie, j'en termine en vous rappelant que le secret de l'instruction disparaît avec la clôture de l'instruction. Nous n'avons pas besoin d'attendre jusqu'au jugement pour diffuser des informations. En effet, la deuxième Chambre civile a dit : « à compter de la clôture de l'instruction, la partie civile est en droit de communiquer la copie de pièces de la procédure pénale à un tiers pour les besoins de sa défense dans une procédure commerciale ».

Autres difficultés qui peuvent être rencontrées par les journalistes qui souhaitent informer le public. Les journalistes ne sont pas tenus au secret de l'enquête et de l'instruction et ils ne peuvent donc être poursuivis pour violation de ce secret. En revanche, ils peuvent être poursuivis pour recel de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction. C'est-à-dire pour avoir fait usage d'une pièce qu'ils savaient provenir de l'enquête ou de l'instruction. Mais là, les chances de voir aboutir une telle procédure ne sont pas du tout évidentes pour plusieurs raisons.

D'abord, on ne peut condamner le journaliste que si l'on a la preuve qu'il tient ses informations d'une personne qui est elle-même tenue au secret de l'enquête ou de l'instruction. Or vous le savez très bien, les journalistes opposent systématiquement le secret des sources, qui a d'ailleurs été consacré par le Code de procédure pénale, de sorte qu'il est pratiquement impossible concrètement de savoir de qui ils tiennent leurs informations. Dans ces cas-là, il ne peut pas y avoir de recel puisque l'on ne peut pas apporter la preuve des éléments constitutifs de ce recel.

Et puis je dois aussi à la vérité de dire que les journalistes bénéficient d'une très grande bienveillance de la part de la jurisprudence. Et notamment de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme qui qualifie la presse de chien de garde de la démocratie ; ce n'est pas rien. Et qui, ce faisant, fait prévaloir l'article 10 de la convention qui pose le principe de la liberté d'expression. J'en veux pour preuve la décision qui a été rendue à propos du livre, qui s'intitulait « Les oreilles du Président », qui décrivait le fonctionnement des écoutes au sein de l'Élysée et qui comportait en réalité de nombreux passages extraits des PV de la procédure. Le tribunal et la Cour d'appel ont condamné les auteurs du livre. Il y a eu un pourvoi qui a été rejeté. Et c'est la Cour européenne des droits de l'Homme qui a censuré cette condamnation « dès lors (a-t-elle dit) que le gouvernement français n'établissait pas en quoi la divulgation d'informations aurait pu avoir une influence négative sur la présomption d'innocence ».

Lorsque les journalistes publient le fac-similé de procès-verbaux ou de pièces de l'instruction, il est possible de les poursuivre, je vous l'ai dit tout à l'heure, sur le fondement de l'article 38 de la loi sur la presse. Mais là encore, toutes les juridictions ne statuent pas dans le même sens. La jurisprudence paraît relativement fluctuante, même au sein de la Cour de cassation.

Premier exemple. Des poursuites ont été engagées à la suite de la publication dans un hebdomadaire de divers extraits de procès-verbaux laissant penser que Monsieur X avait abusé de la faiblesse de Madame BETTENCOURT. La Chambre civile, dans un d'arrêt de 2013, a censuré cette publication après avoir considéré qu'elle portait atteinte au droit de Monsieur X de bénéficier d'un procès équitable.

Deuxième exemple, en sens contraire. Des poursuites ont été engagées à la suite de la publication d'extraits de PV d'audition de témoins dans l'affaire du Mediator. La Chambre civile, par un arrêt de 2014, n'a pas censuré cette publication en considérant qu'elle portait sur un problème de santé publique d'intérêt général qui justifiait la publication.

Ma conclusion, vous l'avez compris, est la suivante : le secret de l'enquête et de l'instruction n'est pas, malgré tout le mal que l'on s'est donné, un secret absolu, tant s'en faut ; le quotidien nous en offre de multiples illustrations. Je fais donc mienne la citation suivante de Benjamin FRANKLIN : « trois personnes peuvent garder un secret si deux d'entre elles sont mortes ». Je vous remercie de votre attention.

Jean-François JACOB :

On s'était posé la question de savoir si on ferait deux colloques, un sur le secret relatif et un sur le secret absolu. On a voulu traiter les deux formes de secret dans un seul colloque et forcément, c'est tellement riche que nous avons un peu débordé. Ce que je vous propose, si vous avez des questions à poser, c'est de nous les poser par mail, par écrit, comme vous voulez. Et comme vous recevrez tous, quand ils seront édités, les actes de ce colloque, tout le monde trouvera les réponses aux questions que vous aurez posées en stipulant à quel orateur vous voulez les poser. Sans ça, nous allons vraiment en finir trop tard et le champagne sera trop glacé.



Si vous en êtes d'accord, la synthèse par Maître Patrick DE FONTBRESSIN.

Patrick DE FONTBRESSIN
 Avocat au Barreau de Paris



Après l'imprévisible, dernier de nos colloques, voici venu le temps des secrets. Temps des secrets qui d'emblée nous est apparu, au terme du brillant exposé de Monsieur le Haut Conseiller VIGNEAU, comme étant une véritable fresque des difficultés posées par la question de la preuve à l'épreuve du secret. Nous avons pu d'emblée constater que la quête de la vérité était une démarche chargée d'épreuves. Chargée d'épreuves telles que l'on pourrait presque penser que nous nous sommes tous avancés vers ce temps aventureux du mythe arthurien. Or nous avons constaté d'emblée aussi que nous étions face à peut-être cette reine des épreuves, on n'ose plus parler de la reine des preuves, pour des raisons que l'on connaît depuis le Moyen-Âge et après. Que cette reine des épreuves était sans doute celle de l'affrontement de deux droits. D'une part, le droit à la preuve consacré par la Cour de cassation et consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme. D'autre part, le droit au secret, consacré non pas par les dispositions de l'article 6 de la convention, mais par des textes de droit positif internes et également par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Avec un aspect tout particulier qui est celui d'une référence au sacré.

Ceci amène d'emblée au-delà d'une division entre secret relatif et secret absolu, adoptée par les organisateurs pour des raisons tenant d'une part à ce que la première partie envisageait des questions ordre plus processuel et la seconde avait trait aux conditions d'exercice de certaines professions au regard du secret absolu. Au-delà d'une division d'apparence, a émergé au gré des interventions brillantes qui se sont succédé une unité de la problématique. Unité de la problématique autour de deux questions : d'une part, celle de la relation pouvoir-devoir. D'autre part, celle d'une référence permanente à une hiérarchie de valeurs.

Relation pouvoir-devoir. Nous savons qu'habituellement, les acteurs du procès et de l'expertise connaissent cette relation pouvoir-devoir, au regard d'une part du pouvoir du juge et d'autre part du devoir de l'expert et du devoir des avocats de faire en sorte de coopérer à l'œuvre de justice en tant que partenaires de justice ; partenaires de justice dans une recherche de la vérité. Or, au regard du secret et de cette confrontation d'apparence entre droit à la preuve et droit au secret, apparaît une perception de cette relation pouvoir-devoir qui est telle que les deux notions paraissent converger vers une troisième qui est celle de l'appréciation. De l'appréciation par les partenaires de justice des conditions dans lesquelles il convient de protéger ce secret, tout en exerçant un droit et en ayant la possibilité d'exercer ce droit qui est celui du droit à la preuve.

Tout d'abord, et ceci nous a été livré par Monsieur le haut conseiller DELBANO, l'appréciation du juge dans le risque que peut occasionner l'exercice de son pouvoir lorsque, par ordonnance, il va autoriser une mesure de saisie ; mesure de saisie-contrefaçon qui pourra peut-être être l'occasion d'un détournement ou d'un dévoiement. Et, au-delà de cette question très technique de la saisie-contrefaçon, est immédiatement apparue la réflexion de Monsieur Nathan HATTAB faisant part lui aussi de cette appréciation que doit avoir l'expert des limites de sa mission, des conditions dans lesquelles il ne faut pas risquer d'y déroger et de se laisser entraîner vers ce qui pourrait être une violation du secret.

Mais au-delà de ces deux types d'appréciation du juge et d'appréciation de l'expert, est apparue une troisième forme d'appréciation au gré du très complet exposé de Monsieur le Président LUCQUIN, qui est celui que la loi a permis au juge désormais d'exercer s'agissant du secret des affaires. Elle est d'une importance capitale pour les experts. Elle est d'une importance capitale pour les experts, notamment au titre des dispositions de l'article L.153-1 du Code de commerce qui permet au juge de prendre connaissance, s'il l'estime nécessaire, ou d'ordonner une expertise et de solliciter l'avis pour chacune des parties d'une personne habilitée à l'assister, à la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article.

Cette démarche vers l'expert, cette démarche vers ce tiers de confiance, cette démarche vers un avis d'un professionnel, qui n'est soupçonné et ne peut être soupçonné de rien, qui est parfaitement impartial, qui est l'homme ou la femme de la technique, c'est effectivement une question d'importance capitale pour l'expert. Car, au-delà de l'expertise judiciaire en tant que telle que vous connaissez, se pose la question de l'expert, non pas nécessairement expert de partie, mais expert intervenant à titre purement et simplement technique, en toute impartialité, avec une déontologie qui est celle que nous connaissons et qui a été élaborée par le Conseil national des compagnies d'experts de justice, pour permettre au juge de forger sa conviction au gré d'un avis.

Mais nous voyons tout de suite que cette disposition, cette appréciation de la manière dont il convient d'aider le juge à se forger une opinion pour éviter que l'on porte atteinte au secret, pour préserver le secret, tout comme les parties et les avocats des parties ont à cœur de le faire, pose au premier chef la question de la déontologie et de la confiance. Cette question de la déontologie et de la confiance a été remarquablement mise en évidence à un autre titre, objet d'un débat, qui pourrait peut-être faire l'objet d'autres colloques, par Madame ASSUS JUTTNER, s'agissant de la place des experts d'assurance. En effet, c'est bien la question de la confiance entre des parties à une expertise qui s'est posée à l'occasion de ce qui pouvait être dit et ne pouvait pas être dit, pouvait être révélé, des informations qui pouvaient être transmises ou non à l'expert d'assurance et de sa déontologie. Et ce faisant, il n'y avait qu'un pas pour bien sûr s'avancer vers l'absolu, vers la hiérarchie de valeurs.

Cette hiérarchie de valeurs repose tout d'abord sur l'impératif de confiance, sur un impératif que l'on pourrait, selon la formule de KANT, qualifier d'impératifs catégoriques de confiance. Impératifs catégoriques de confiance qui peuvent se résumer en une phrase. Une phrase qui est issue du code de déontologie des avocats européens, auquel Madame Françoise HECQUET faisait allusion tout à l'heure. On ne saurait parler du code de déontologie des avocats européens sans avoir une pensée toute particulière pour le regretté bâtonnier Albert BRUNOIS, qui fut à l'origine de ce code de déontologie, membre de l'Institut, et qui a été, avec le bâtonnier Louis-Edmond PETTITI, l'un des bâtonniers qui a ouvert la porte vers l'Europe et a tenu à nous montrer que nos raisonnements, nos problèmes, nos inquiétudes n'étaient pas hexagonales, mais concernaient l'ensemble des avocats européens. Et aujourd'hui, bien sûr, concernent également l'ensemble des experts européens. Et cette phrase est la suivante, tirée du code de déontologie européen : « *sans la garantie de confidentialité, il ne peut y avoir de confiance* ».

Tout est dit, car de cette confiance même va jaillir la relation que peut avoir l'expert-comptable, que peut avoir le médecin, que peut avoir l'avocat avec ceux qui lui ont livré une confiance, avec ceux dont il est le confident nécessaire, avec ceux dont il doit demeurer le confident obligé au sens même de l'obligation.

Cette relation, on a pu en parler s'agissant des professions réglementées. Pierre LOEPER, avec grand talent, reprenant les propos tout à fait synthétiques et remarquables de Didier FAURY, Bertrand LODES et Madame HECQUET, avec le talent qu'on leur connaît, de leur profession respective. Cette vision de la déontologie, cette vision de cette confiance nécessaire qui ne doit pas être transgressée pour quelque raison que ce soit, a conduit les intervenants à mettre l'accent sur le fait que le seul propriétaire du secret est celui qui l'a confié à un confident et que nous n'en sommes, nous avocats, vous médecins, vous experts-comptables, que les dépositaires.

Or, un dépositaire qui fait usage d'un bien qu'on lui a confié à d'autres fins que celles qui sont l'objet du contrat auquel il était tenu, commet un abus de confiance. Et par conséquent, celui qui révèle et qui n'a pas à révéler un secret dont il est le dépositaire peut-être dans une situation dans laquelle, sur le plan moral, il va commettre un abus de confiance à l'égard de celui qui lui a confié un secret.

Cette question, je pense qu'il ne faut pas l'oublier et qu'elle est d'une importance capitale, car elle nous ramène sur le plan de la justice pénale et des principes. Justice pénale remarquablement abordée par Madame Sylvie MENOTTI qui nous a exposés à quel point ce secret, que l'on pourrait croire absolu, de l'instruction n'est peut-être qu'un secret, si j'osais dire, en trompe-l'œil. Madame MENOTTI nous a fait partager son inquiétude ô combien légitime s'agissant de ces fenêtres ouvertes sur le secret de l'instruction, de ces fenêtres ouvertes dans lesquelles le secret s'évapore aux quatre vents et est immédiatement saisi, bien sûr, par les bonnes feuilles. Ce faisant, on peut s'apercevoir, pour reprendre une formulation du droit de la construction, que Madame HECQUET évoquait tout à l'heure, on peut se demander, au-delà de cette simple question des huisseries qui pourraient peut-être permettre des courants d'air en laissant les fenêtres du secret trop ouvertes, si ne se pose pas tout simplement une véritable question qui est celle des fondations. Car c'est à la question des fondations qu'il faut s'attacher.

C'est à la question des fondations qu'il faut s'attacher, parce qu'indépendamment de cette approche particulière de la relation pouvoir-devoir et de l'appréciation du juge, de l'appréciation de l'expert, dans le cadre d'une hiérarchie de valeurs dont il convient d'être conscient et qu'il nous faut être à même de maîtriser, intervient la marge d'appréciation des États. La marge d'appréciation des États dans le cadre des dispositions législatives qu'ils prennent, qui vont faire que ces secrets que l'on considère au premier chef comme étant des secrets absolus, vont pouvoir, par l'effet de la loi, se trouver l'objet de certaines dérogations, de certaines dérogations autorisées par le législateur, mais qui pourront néanmoins être l'objet de sanctions par la Cour européenne des droits de l'Homme. Car c'est vers la Cour européenne des droits de l'Homme, car c'est vers l'Union européenne également, c'est donc vers l'Europe une fois de plus qu'il faut se tourner pour construire, pour reconstruire et trouver des fondations.

Or, ces fondations, quelles sont-elles ? Ces fondations, c'est en définitive une approche morale des principes. Une approche morale de principes qui dépasse très largement ce propos d'ordre technique que nous pouvons avoir dans le quotidien de nos expertises ou de nos procès, qui est un véritable problème de l'état de notre société et de la démocratie. Car l'Europe nous apprend et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, suivie en cela par la Cour de cassation, comme ça a été rappelé à de nombreuses reprises aujourd'hui, cela repose sur un principe de proportionnalité, équilibre, confiance.

Tels sont les trois mots qui sont essentiels à l'issue des exposés d'aujourd'hui. Proportionnalité, équilibre et confiance, certes pour notre propos, certes pour cette relation entre droit à la preuve et droit au respect ou à la sauvegarde du secret, mais également pour l'équilibre d'une société et pour l'équilibre de la société démocratique tout entière. Car, si nous ne pensons pas chaque jour, dans le cadre de nos activités, qu'il convient de maintenir l'équilibre par le droit, si nous ne pensons pas chaque jour, dans le cadre de nos activités, qu'il convient de rendre la justice et de faire en sorte de participer à ce qu'elle soit rendue de manière confiante et avec proportionnalité, dans le respect de cet équilibre, l'édifice s'effondre. L'édifice s'effondre, tout est permis et toutes les outrances sont possibles. Là où est l'équilibre, là où est la proportionnalité, là où est la confiance, il n'y a plus d'outrance, la société civile se maintient et il en va de même en ce qui concerne nos activités respectives.

Je crois que ce faisant, je ne voudrais pas être trop long, en saluant les organisateurs pour le choix de ce beau thème, ils ont une fois de plus montré, qu'au-delà de réflexions techniques ou de réflexions ponctuelles, experts, avocats, magistrats sont les femmes et les hommes du relatif en quête permanente d'absolu. Ce faisant, ils se doivent de demeurer des techniciens de l'idéal.

Jean-François JACOB :

C'était un très beau colloque. Trois rendez-vous du plus lointain au plus proche. Le plus lointain, c'est un vendredi après-midi du printemps 2023 pour le douzième colloque ; j'espère que vous serez tous là. Le deuxième rendez-vous, c'est notre congrès national de Montpellier sur un thème qui doit interroger tous les experts : « *l'expert du futur, un robot ?* » Nous aurons besoin de beaucoup de monde, de beaucoup de débats pour rayer « un robot ? » et sans doute ajouter « l'expert du futur, encore un humain ». Et le troisième rendez-vous, c'est au rez-de-chaussée, la grande salle, le champagne est au frais, nous pourrions continuer les discussions.

À l'année prochaine.