

Quelques propos sur l'Expert et le secret professionnel

par Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences Po

- 1) Il ne s'agit pas ici d'exposer des solutions à ce qui pourrait être une difficulté quotidienne et identifiée de l'expertise, ni de proposer une série de résolutions de cas concrets, mais plutôt d'évoquer quelques lignes générales d'un sujet peu systématisé, à savoir l'interférence de l'expertise et des secrets.
- 2) Pourtant, le lien entre secret et expertise apparaît dans une sorte d'évidence en creux, puisque le cœur de l'expertise réside dans l'information. L'expert est requis par le juge, ou par la partie si nous sommes dans un système anglo-américain¹, pour sa capacité à rendre l'information factuelle intelligible et à formuler une opinion autorisée à propos de celle-ci, c'est-à-dire à en dégager le sens. C'est précisément parce que le juge n'a pas ces trois puissances de fait, celles qui sont au contraire à la portée de l'expert, celle du savoir technique général, celle de la compréhension du cas particulier et celle d'élaboration d'un avis argumenté, que le premier sollicite le concours du second, et c'est parce que le juge est apte à recevoir d'une façon critique le travail de l'expert qu'il ne s'agit pas pour autant d'une délégation du pouvoir de juger.
- 3) Cette question centrale de ce qui est délégué entre le juge et l'expert, pouvoir sur le fait ou pouvoir sur le droit, est très régulièrement étudiée². Mais le fait que le travail de l'expert soit la construction d'une information, selon le triptyque précité, éclaire la question de l'expertise non plus sous l'angle du pouvoir mais sous celui de la méthode. Le secret tout à la fois est l'obstacle même que rencontre l'expert dans sa recherche de l'information et, comme pour tout professionnel, la gage de la confiance que l'on peut vous faire, le secret étant alors l'accès même à l'information.
- 4) Cette perspective met particulièrement en valeur le fait que le secret peut être en amont ce qui entrave la recherche de l'information par l'expert, puis, en aval, ce qui caractérise le statut d'une information qui, connue désormais de l'expert, ne peut sortir de sa tête et de sa conscience. Ainsi, l'expert, parce qu'il est celui qui doit construire l'information dont le juge a besoin, se heurte aux secrets professionnels des autres, mais parce qu'il est le détenteur de l'information, doit être pris à son tour par le secret. Si l'on raisonne alors en terme de « professionnel », si l'on ébauche l'idée d'un secret professionnel de l'expert, cela signifierait implicitement que l'expertise est une activité en quelque sorte autonome du savoir technique particulier en considération duquel la maîtrise de l'expert a été sollicitée, et que l'expertise a engendré une véritable profession.

Cela ne peut être admis sans prudence car sous la discussion autour du secret professionnel de l'expert pointe une question existentielle : l'expertise est-elle un métier ?

¹ Ce qui affecte l'opinion exprimée, non pas tant dans son impartialité, mais parce que l'expert de partie est davantage chargé d'exprimer l'opinion communément adoptée par le milieu scientifique et technique auquel il appartient, opinion qu'il porte donc à l'appui de l'allégation de la partie, alors que l'expert du juge est davantage libre d'avoir une opinion propre. Cela se comprend aisément, puisque l'opinion de l'expert de partie a besoin d'être neutralisée par cette référence nécessaire à l'opinion commune de la communauté, tandis que cela est moins requis pour l'expert désigné par le juge. Grâce à cet ajustement essentiel, l'expert de partie comme l'expert du juge peuvent s'insérer dans un procès équitable mené devant un tribunal impartial.

² V. la thèse de référence, O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Thèse Nanterre, 2003. V. aussi par ex. A. Lorieux, *L'expertise et le jugement*, in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.), *L'expertise*, coll. "Thèmes et Commentaires", Dalloz, 1995, pp.123-129.

I. L'EXPERT CONFRONTÉ AUX SECRETS PROFESSIONNELS DES AUTRES

- 5) Le secret est donc l'obstacle opposé à l'expert dans la marche de son travail, qui s'apparente toujours à l'enquête. Même si l'expert n'est pas le juge, il demeure que le déroulement de l'expertise se construit désormais selon des principes procéduraux analogues, non seulement parce que les parties doivent être protégées et mises en mesure de présenter leurs arguments à l'égard d'un expert dont l'opinion sera par la suite déterminante, ce qui relève alors d'une démarche déontologique³, mais encore parce que cela correspond à la recherche de l'information⁴. Celui qui refuse de parler à l'expert se met en travers de l'idée même d'expertise.
- 6) En effet, revenant encore sur cette trilogie par laquelle se construit le travail de l'expert, c'est-à-dire son savoir général, puis l'accession aux informations particulières, puis la construction de l'opinion à partir de cet édifice complexe de connaissances générales et de connaissances particulières, l'expert peut certes « faire parler les choses », lorsqu'il s'agit d'apprécier des malfaçons ou d'évaluer des handicaps consécutifs à des blessures, mais le plus souvent l'expertise consiste dans des discussions, voire des sortes d'interrogatoires lorsqu'il s'agit par exemple de restituer une personnalité. Dès lors, l'expert doit entendre ceux qui peuvent l'éclairer.
- 7) Que ne passe-t-il si une personne qui détient une information, requise pour que l'expert comprenne ou pour qu'il pondère une information déjà reconstituée, la refuse à l'expert au nom du secret professionnel ? Dans la mesure où, pour reprendre les termes de l'article 10 du Code civil, chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité en justice, les secrets professionnels sont écornés par l'expertise comme ils ne sont d'une façon plus générale dans les procès. Par exemple, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 14 octobre 1998, *Cabin et Guy Noel c/ Total*, rappelle que le secret professionnel des commissaires aux comptes ne peut pas faire obstacle à la recherche de la vérité ni porter atteinte aux droits de la défense, ce qui légitime une extension d'expertise touchant aux conditions dans lesquelles les commissaires aux comptes ont exécuté leur mission⁵.
- 8) Mais tout d'abord, dans la mesure où l'expert ne dispose pas de l'imperium dont le juge continue d'exercer l'exclusif pouvoir, et puisque désormais l'expertise ne dessaisit plus le juge, l'expert pourra solliciter de celui-ci la délivrance d'une injonction faite à un témoin de se présenter, ou de communiquer un document. C'est ainsi que la réticence d'une banque à communiquer à un expert judiciaire l'état civil d'une de ses clientes a été vaincue pour l'injonction que lui en a faite le juge d'y procéder⁶, mais précisément le juge n'en a décidé ainsi en l'espèce que parce qu'il ne s'agit pas d'une information couverte par le secret professionnel bancaire⁷. En effet, *nemo plus juris*, ce qu'un juge ne pourrait obtenir pour lui-même, l'expert ne peut demander efficacement à celui-ci de l'obtenir pour lui.
- 9) L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 4 juillet 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Bonnet et al.*⁸, l'illustre puisque la Haute juridiction rappelle que l'administration ne peut être contrainte d'apporter à l'expert, désigné pour reconstituer les raisons de la défaillance d'un assureur et le rôle que l'Etat pourrait bien y jouer, des éléments couverts par le secret. Il s'agissait ici du secret des affaires, la solution vaut donc a fortiori pour le secret professionnel. On ne peut donc que suivre les juges de la Cour d'appel de Rouen qui, par un arrêt du 18 décembre 2001, *Bonsang*⁹, ont refusé d'ordonner une expertise sur la façon dont une vente immobilière avait été

3 V., not. dans cette perspective, M. Olivier, *Essai d'éthique judiciaire en matière d'expertise*, *Gaz. Pal.*, 16 novembre 2004, p. 10 s.

4 Pour une approche plus générale des garanties fondamentales pour mode rationnel d'élaboration de la vérité judiciaire, v. M.-A. Frison-Roche, *Le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988. Sur l'argument à propos de l'expertise elle-même, v. par ex. F. Pinchon, *Constats des praticiens*, in *Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation, Expertises civiles et pénales. Incohérences et perspectives*, colloque du 5 mai 2003, p. 20 : « L'Expert nommé au pénal ... travaille seul à l'écart du contradictoire et ne peut se fier qu'à sa compétence propre. Quelque soit la compétence des Experts judiciaires qui est, en général, très grande, elle ne peut se substituer à la discussion contradictoire qui s'élève entre l'Expert judiciaire nommé au civil et les conseils techniques des parties ... ».

5 *Bull. Joly*, 1999, p. 38, note J.-F. Barbiéri.

6 *Ord. Prés. TGI Paris*, 23 avril 1997, *SA Banque Franco-Portugaise c/ Da Camara*.

7 Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, ch. 14, sect. B, *doc. Juris-data* n° 1998-020190.

8 *Revue Générale du Droit des Assurances*, octobre 2001, p. 936 s., note F. Vincent.

9 *Chambre des appels prioritaires*, *Doc. Juris-data* n° 2001-171110.

menée par un notaire, car un tel objet de recherche se heurte au secret professionnel des notaires. Ce qui est couvert par le secret professionnel est donc inaccessible à la preuve, qu'elle soit désirée par les parties, le juge ou l'expert.

- 10) Si, continuant l'analogie ici pertinente entre l'expert et le juge, l'on prend la règle sous un angle plus positif, alors le témoin qui serait délivré de son obligation au secret face à une question du juge, l'est pareillement par l'effet d'une question de l'expert. Est particulièrement net dans ce sens l'arrêt rendu par la Première chambre civile du 2 mars 2004¹⁰, qui, reprenant à la lettre les termes d'une jurisprudence précédente de 2002, approuve un expert ayant accueilli des déclarations d'un médecin, celui-ci étant « déchargé de son obligation au secret relativement aux faits dont il a connaissance dans l'exercice de sa profession », car « la finalité du secret professionnel étant la protection du non-professionnel qui les a confiés, leur révélation a pu être faite aux experts et aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection »¹¹. On ne peut mieux dire.

II. LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'EXPERT

- 11) L'expert est astreint à une obligation au secret. La question est de savoir s'il s'agit vraiment d'un « secret professionnel », en ce sens qu'il lui serait spécifique, qu'il serait rattaché au fait même que la personne en cause est ici un expert¹². L'auteur de référence, le Haut Conseiller Michel Olivier, semble opiner dans ce sens¹³. Ainsi, l'article 244, dans son alinéa 2 dispose qu'il est interdit à l'expert « de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission », ces « autres informations » se définissant par contraste avec l'alinéa 1 de l'article, qui demande à l'expert de faire état dans son opinion de « toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner ».
- 12) Peut-on interpréter cela comme une sorte de secret professionnel ? Son contour serait alors singulier : ce qui est interdit de divulgation n'est pas une sorte particulière d'information en ce qu'elle porterait sur tel ou tel type de fait qu'il conviendrait de conserver secret, mais tout simplement l'information inutile. Le secret professionnel est alors l'expression du principe de nécessité et de proportionnalité : il faut révéler tout ce qui est nécessaire au juge pour comprendre et pas plus qu'il n'est nécessaire pour cela.
- 13) C'est pourquoi l'article 247 du même Code exprime davantage l'idée de secret professionnel parce qu'il se réfère à la nature même du secret en tant que celui-ci porte sur une information qui doit demeurer secrète en raison de sa nature même, au regard de l'intérêt de la personne protégée¹⁴. En effet, « l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée ».

10 Bull. civ., I, n° 69, p. 55.

11 Sur la pertinence plus générale de cette définition du secret professionnel par rapport à l'intérêt de la personne protégée, le critère du secret professionnel étant l'existence d'une information qui touche l'intérêt légitime d'une personne et qui doit demeurer secrète dans la mesure, et dans cette seule mesure, où cela est nécessaire pour la protection de cette personne, ce qui suppose une réversibilité du secret, pouvant se transformer en obligation d'alerter si l'intérêt de la personne en cause cesse d'être protégée par le secret, v. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Secrets professionnels*, éd. Autrement, 1999 ; Le secret professionnel. *Propos introductif*, in *Le secret professionnel*, n° spécial des *Petites Affiches*, 20 juin 2001, pp. 6-8 ; Critère des intérêts et secret professionnel, in *Entretien du Palais*, *Gazette du Palais*, à paraître.

12 Certes, le législateur, dont la langue manque parfois de précision, utilise parfois le terme de « secret professionnel » appliqué à quelqu'un qui n'appartient à aucune profession particulière mais qui se trouve avoir été partie à un processus dans lequel des informations confidentielles ont pu être données. Les textes disposent alors qu'il est soumis à un « secret professionnel ». Il aurait été plus exact de dire qu'il est soumis à une obligation de confidentialité. On peut prendre l'exemple de l'article L. 611-6 du Code de commerce qui affirme que toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenu au secret professionnel dans les conditions et peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 C. pén.. La jurisprudence en conclut que le créancier à une « obligation au secret professionnel », y compris à l'égard de la caution (com. 5 mai 2004, Caisse centrale de réassurance c. Banque d'entreprises financières et industrielles (BEFI) et autres, *Gaz. Pal.* 24 juillet 2004, p. 10 s.).

13 Op. cit., l'auteur nuancant lui-même cette qualification, en estimant que le secret de l'expert serait « moins rigoureux que celui qui est imposé aux membres de certaines professions (médecins, experts-comptables, etc.). Il se rapprocherait plus d'une obligation de réserve, puisqu'il peut être levé, dans certains cas par le juge, voire par une des parties concernées ».

14 Sur ce critère de l'intérêt de la personne protégée, v. *supra* n° 10.

- 14) Mais là encore, peut-on dire qu'il s'agit véritablement d'un « secret professionnel » ? N'est-ce pas plus proche d'un secret objectif, proche du secret de l'instruction, c'est-à-dire une interdiction de divulguer l'information en tant que telle et non pas une obligation rattachée à une personne particulière en raison de sa fonction ou de sa profession ? En effet, selon le texte, nul ne peut utiliser l'information s'il n'en a reçu l'autorisation soit du juge, soit de la personne protégée, le premier en ce qu'il dispose de l'instance, la seconde en ce qu'elle dispose de son intérêt. Personne ne peut le faire, c'est-à-dire l'expert pas plus et pas moins que tous les autres. Or, un secret professionnel est nécessairement spécifique à une personne.
- 15) Il faudrait donc en conclure que l'expert n'aurait pas de secret professionnel propre. Faut-il s'en étonner ? Non dans la mesure où la France développe une conception non professionnalisée de l'expert, ce que traduit la loi n°2004-130 du 11 février 2004¹⁵ lorsqu'elle étend au juge pénal le pouvoir de désigner des experts en dehors des listes. Ainsi, l'expert est l'homme d'un savoir technique. Contrairement à l'avocat, ou au juge lui-même, la juridiction n'est pas le lieu de sa profession, il n'est que de passage. Dans ces conditions, l'expert étant un professionnel du savoir technique en considération duquel on l'a sollicité et non pas un professionnel de l'expertise, l'expertise ne peut être un métier et l'exercice de sa mission par l'expert ne peut donc être pensé en terme de « secret professionnel ».
- 16) Arriver à une telle conclusion laisse pourtant insatisfait. En effet, il faut considérer que l'expert, parce qu'il est souvent par ailleurs un professionnel soumis à un secret professionnel propre, par exemple parce qu'il est expert-comptable ou parce qu'il est psychiatre, parce qu'il est commissaire aux comptes ou parce qu'il est médecin, etc., serait tenu tout de même, par un effet de porosité, par son secret professionnel sous-jacent. Cela est notamment illustré par le nouvel article 6 de la loi de 1971, tel que modifié par l'article 52 de la loi du 11 février 2004, qui dispose que « toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert... exposent l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires ». Ainsi, l'obligation au secret attaché à la profession exercée par l'expert hors du tribunal se dépose par sédimentation dans sa fonction d'expert pour le tribunal.
- 17) On en trouve un parfait exemple dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 mars 2000, V.11¹⁶, sanctionnant le médecin qui, cumulant les fonctions de médecin traitant et d'expert pour une compagnie d'assurance, révèle dans le cadre d'une expertise les informations obtenues dans l'exercice des fonctions de médecin traitant. Certes, il semble ne s'agir ici que d'une expertise non-judiciaire, mais la règle illustrée est générale.
- 18) Est-elle pour autant satisfaisante ? Pas vraiment, si l'on observe qu'on en arrive ainsi à une sorte de découpage du secret professionnel de l'expert, suivant qu'il est hors du tribunal rattaché à telle ou telle profession. Plus encore, l'intensité du secret professionnel diffère selon les professions, par exemple sur la possibilité ou non d'un secret professionnel partagé, ou sur le pouvoir ou non de la personne protégée de délier le professionnel. Si l'on prend ce dernier exemple, alors qu'on a vu que le consentement de la partie concernée permet à l'information logée dans l'expertise de sortir du cadre de l'instance, en revanche la plupart des secrets professionnels ne sont pas laissés à la disposition de la personne¹⁷.
- 19) Cela ne correspond pas à l'unicité procédurale et déontologique de plus en plus forte de l'expertise. Plus encore, puisque le choix de l'expert désigné est libre, quid si l'expert n'appartient pas par ailleurs à une profession régie par l'obligation au secret ?¹⁸.

15 V., not. plutôt sous un angle critique. Le droit des experts judiciaires tel qu'issu de la loi du 11 février 2004 : statut et discipline, Petites Affiches, 13 septembre 2004, p.

16 Chambre correctionnelle 11, sect. a, doc. Juris-data n° 2000-112984.

17 Pour ne prendre que le secret de l'avocat, v. Civ., 1^{re}, 6 avril 2004, M. X. c/ Procureur général près la Cour d'appel de Y (pourvoi n° 0019245 U), ce qui incite à présenter les secrets professionnels comme « absolus ».

18 C'est alors aussi une question de culture. Comme le fait remarquer Christian Curtil, « dans un tel cas, la confidentialité ne sera qu'un mot » (art. préc.).

- 20) Sans doute serait-il plus fructueux de revenir sur ce qu'est l'expert par rapport au juge, surtout dans notre conception romaniste dans laquelle l'expert s'en rapporte au juge et non pas aux parties, ce qui le rend davantage semblable à un juge qu'à un avocat. Le Procureur Général Jean-François Burgelin a très bien montré que le secret de l'instruction devrait être repensé à travers ce qui serait une sorte de secret professionnel et de déontologie du magistrat et de tous ceux qui participent à l'instance à un titre ou à un autre¹⁹.
- 21) Il s'agit alors de penser l'obligation en fonction d'un cadre, qui est l'instance, et d'un objet, ici l'information qu'il faut garder secrète, et d'y soumettre ceux qui exercent leur activité professionnelle dans un tel cadre et sur un tel objet. Le secret de l'expert apparaît alors dans son entre-deux : pas tout à fait le secret professionnel auquel il est soumis par ailleurs s'il appartient à une profession réglementée et intégrant une telle obligation, et pas seulement le secret qui lie toute personne, comme le vise l'article 247 NCPC précité.
- 22) L'obligation au secret est plus forte lorsque c'est l'expert qui la porte, parce qu'il est celui auquel non seulement le juge mais encore les parties font confiance. Ce secret est alors rattaché au technicien en tant qu'il est cette personne de confiance, sorte d'intermédiaire entre les parties et le juge, et qui conservait les secrets dans le creuset du procès et de la justice, non pas comme le ferait un avocat qui garde le secret au sein d'une relation bilatérale avec son client, mais comme ce tiers objectivement impliqué dans un procès, entre les parties et le juge.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

¹⁹ Le juge et son secret, in *Secrets professionnels*, préc. pp. 190-198.