

# Procès et stratégie : faut-il privilégier ou redouter les mesures d'expertise ?

L'expertise est souvent synonyme de coût et de délais ; elle sous-entend, le plus généralement, que l'affaire est complexe et ce, que cela soit en matière comptable, financière ou technique, de sorte qu'elle est parfois mal perçue.

Une telle mesure peut cependant s'avérer nécessaire, voire décisive, dans bien des cas, dès lors notamment, qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une stratégie bien définie, lorsqu'il s'agit de la solliciter ou de s'y soumettre, et qu'elle est suivie avec attention.



Par Gérard Legrand,  
avocat associé,



et Sonia Harnist,  
avocat,  
Lamy & Associés

## 1 - L'expertise a ses raisons...

Au regard de l'article 232 du Code de procédure civile, une expertise est justifiée lorsqu'une «question de fait requiert les lumières d'un technicien», et plus précisément «dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge» (CPC, art. 263).

Certaines situations sont, en effet, d'une complexité technique qui dépasse les compétences du juge. Il lui faut alors s'en remettre au savoir d'un homme de l'art, dont les conclusions lui permettent ensuite de prendre position.

Aussi, l'expert judiciaire a-t-il la lourde tâche de rendre intelligible et compréhensible, une situation qui est complexe par définition et impose de faire appel à des données scientifiques et techniques, le plus souvent inaccessibles au profane.

L'expertise reste toutefois une mesure qui est, le plus souvent et sauf exception, facultative pour le juge ; celui-ci est, dès

lors, libre de l'ordonner ou de la refuser, et ceci est également vrai pour les demandes de complément d'expertise<sup>1</sup>.

Il est à noter, en effet, que l'expertise ne doit pas avoir pour objet, suivant une jurisprudence qui est bien établie, de palier la carence des parties dans l'administration de la preuve, de sorte qu'il convient de présenter au juge un minimum d'éléments susceptibles de la justifier.

La vigilance s'impose également lorsqu'il s'agit de définir ses contours. En effet, c'est par une décision qui l'aura nommé, qui fixe le champ d'intervention de l'expert, lequel ne pourra s'intéresser à d'autres questions que celles posées par le juge. Il convient donc d'être précis, sur ce point, et de ne pas s'en tenir aux missions-types, issues de la pratique judiciaire.

Ceci étant, une partie peut toujours recourir, à ses frais et indépendamment du processus judiciaire, à une expertise, qui sera alors qualifiée d'«officiuse». Une telle mesure peut

*1. L'article 145 du Code de procédure civile admet que l'on puisse recourir à une expertise, avant tout procès, lorsqu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits, dont pourrait dépendre la solution d'un litige.*

présenter un intérêt, dès lors qu'elle apportera un éclairage et pourra contribuer à justifier d'un préjudice ou à mieux apprécier une difficulté, qu'elle soit d'ordre comptable ou financier, voire purement technique.

Le risque est, évidemment, que les conclusions en soient contestées ; elles pourront être cependant prises en compte, dès lors que le rapport aura été versé aux débats et soumis à la discussion des parties.

L'expertise peut être également érigée par les parties en mode de règlement amiable d'un différend ; il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un pacte d'actionnaires prévoit qu'en cas de désaccord sur la détermination du prix de cession des actions, celui-ci devra être fixé par voie d'expertise.

Il existe, enfin et en pratique, nombre de cas dans lesquels il peut être décidé du recours à une expertise, ainsi :

- l'expertise en diagnostic d'entreprise, qui peut être mise en œuvre, afin d'éclairer la juridiction sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise (C. Com., art. L. 611-6 pour la conciliation, L. 621-1 al. 3 pour la sauvegarde et le redressement judiciaire).

Un expert peut être également nommé, aux fins d'aider l'administrateur judiciaire ou le débiteur, à gérer l'entreprise

(C. Com., art. L. 631-12), ou à présenter un plan (C. Com., art. L. 623-1).

- l'expertise de gestion, qui permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième (pour les SARL ; C. com., art. L. 223-37) ou 5 % (pour les SA ; C. com., art. L. 225-231) du capital social, de solliciter la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

- l'expertise, ordonnée par le juge-commissaire, en application de

l'article L. 621-9 al. 1 du Code de commerce, en vue de rechercher des faits susceptibles de caractériser une faute de gestion, en cas de procédure collective.

Il est à noter, à cet égard, qu'une telle mesure n'est pas soumise aux dispositions du Code de procédure civile, ce qui veut dire qu'elle n'aura pas un caractère contradictoire et ne sera soumise qu'ensuite, à la discussion des parties...

## 2 - Une attention de tous les instants...

L'expertise ne peut être qu'une question d'expert !

En effet, si l'expert est désigné, à raison de ses compétences dans un domaine particulier et qu'il lui revient de déterminer la conduite des opérations, il n'est pas, pour autant, investi du procès et se doit de répondre exclusivement aux questions qui lui sont posées.

Il n'y a donc pas lieu, pour les parties, qui se doivent d'être vigilantes quant à l'organisation des opérations et attentives aux investigations susceptibles d'être ou non réalisées, de s'en remettre totalement à lui.

Ceci est d'autant plus vrai, qu'il n'a pas à dire le droit ; il ne

lui appartient donc pas de porter une appréciation d'ordre juridique, sur la situation qui lui est soumise. En effet, cette mission appartient au juge, seul détenteur du savoir juridique, l'expert étant chargé, pour sa part, de donner un avis purement technique.

Ce principe doit cependant recevoir une atténuation lorsque l'expert ne peut pas faire l'économie d'une analyse juridique, notamment lorsque le problème qui lui est soumis est lié à l'exécution d'un contrat et oblige à procéder, un tant soit peu, à une analyse des clauses contractuelles.

Il appartient en outre aux parties, de poser les bonnes questions et de soumettre, autant que faire se peut, des observations et dires qui soient pertinents ainsi que de bien veiller au fait qu'il y soit répondu, dans le respect du contradictoire.

En effet, l'expertise judiciaire est soumise à des règles précises, définies par le Code de procédure civile, qui prévoient désormais l'obligation, pour les parties, de présenter un dire «récapitulatif», visant à reprendre les principaux arguments développés au cours de l'expertise.

L'expert doit, pour sa part, accomplir sa mission avec conscience, célérité, objectivité et impartialité (CPC, art. 237).

Il doit, par ailleurs, l'accomplir personnellement (exception faite de certaines tâches, qu'il peut déléguer à ses collaborateurs ou employés), mais ne peut pas avoir toujours réponse à tout. Un bon expert doit, ainsi, savoir reconnaître ses limites et faire appel, lorsque les questions posées excèdent ses propres compétences, à un technicien d'une autre spécialité que la sienne, généralement dénommé «sapiteur» (CPC, art. 278).

Certaines pratiques expertales ne font toutefois l'objet d'aucune disposition légale ; ainsi, en est-il notamment, de la pratique très répandue du prérapport, dont le régime suscite des interrogations, peu à peu résolues par la jurisprudence. Il est acquis cependant, que chaque partie au litige doit pouvoir présenter des dires ou des observations sur le prérapport, après son établissement et avant le dépôt du rapport définitif ; à défaut, le juge devra écarter celui-ci, pour violation du principe du contradictoire.

Le respect de ce principe est, en effet, une obligation majeure, tant pour l'expert, ce qui suppose qu'il convoque les parties et leur permette de présenter leurs observations et dires, que pour les parties elles-mêmes ; il peut arriver que des incidents surgissent, à cet égard, dont certains peuvent aller jusqu'à envisager une récusation de l'expert. On notera toutefois que les conditions d'une telle procédure sont strictes, de sorte que celle-ci a, en pratique, peu de chances d'aboutir, indépendamment du fait qu'elle pourrait être perçue par le juge, comme une tentative d'évincer l'expert...

Une autre solution peut, dès lors, consister à saisir le juge en charge du contrôle des expertises (CPC, art. 167) ; il est d'ailleurs usuellement précisé, par les décisions qui ordonnent une mesure d'instruction, qu'il en sera référé au juge, en cas de difficulté. Il ne faut, dès lors, pas hésiter à saisir celui-ci, qui pourra convoquer et entendre les parties sur la difficulté qui lui aura été signalée (CPC, art. 168).

*Certaines situations sont, en effet, d'une complexité technique qui dépasse les compétences du juge. Il lui faut alors s'en remettre au savoir d'un homme de l'art, dont les conclusions lui permettant ensuite de prendre position.*

Enfin, il est toujours possible de demander la nullité de l'expertise, toutefois, les décisions d'annulation sont rares. En outre, cela n'empêchera pas le juge de se référer, malgré tout, aux constatations auxquelles il aura pu être procédé, à titre de renseignements.

### 3 - Un risque de préjugement ?

La parole de l'expert a un poids certain, indépendamment des cas où le recours à l'expert est obligatoire et où ses conclusions s'imposent au juge ; elle ne peut être évidemment confondue avec la décision à intervenir, mais a une influence sur les magistrats, spécialement si les conclusions du technicien procèdent d'une analyse précise et rigoureuse...

Il est vrai d'ailleurs, que l'on pourrait difficilement reprocher à un magistrat qui a estimé nécessaire, eu égard à la complexité du dossier, de recourir à un technicien, de ne pas tenir compte des conclusions qui lui sont communiquées par ce dernier.

La situation n'est cependant pas toujours aussi simple, dans la mesure où il faut bien admettre que les travaux des experts ne se valent pas ; ils peuvent être excellents, mais également marqués par des imprécisions ou être confus, ce qui alimentera alors la discussion, plutôt que d'y mettre un terme !

Il est alors tentant de remettre en cause le rapport qui a été présenté,

toutefois la tâche ne sera pas toujours aisée, pour qui voudra s'y employer.

En effet, les magistrats sont assez réticents à ordonner, en règle générale, une nouvelle expertise, même lorsqu'il apparaît que les travaux réalisés ne donnent pas totalement satisfaction.

Il conviendra alors d'examiner si la procédure a été conduite avec régularité ou de solliciter, en parallèle, l'avis d'un autre technicien ; la pratique a montré l'intérêt d'une telle initiative et il est courant, aujourd'hui, de se faire assister par son propre expert technique (pratique usuelle des compagnies d'assurance, en matière de construction notamment).

### 4 - Une opportunité pour concilier ?

L'article 240 du Code de procédure civile interdit au juge de donner mission à l'expert de concilier les parties ; en effet, cette mission appartient au seul juge, en vertu de l'article 21 du même Code.

Il en résulte que si l'expert a la faculté de constater l'accord des parties, survenu au cours de l'expertise (CPC, art. 281), il ne peut en être l'instigateur, solution qui est assez contestée.

On ne voit pas, en effet, pour quelle raison l'expertise judiciaire ne pourrait pas être un moyen plus fréquent de règlement des litiges, dans un monde où la médiation et la conciliation prennent de plus en plus d'importance.

Pourquoi l'expert judiciaire, auxiliaire de justice, se bornerait-il à être la «chambre d'enregistrement» d'un accord intervenu à l'occasion de ses opérations ? Pourquoi ne pourrait-il pas, au contraire, fort de ses constatations et convictions, engager les parties à se mettre autour de la table des négociations ?

En effet, l'expertise judiciaire peut constituer un terrain favorable à la conciliation, dans la mesure où elle permet souvent aux parties de mesurer le risque attaché à une procédure qui peut être longue, coûteuse et aléatoire, au regard de l'adage suivant lequel «Un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès» !

Ainsi, il ne fait pas de doute que l'expertise est stratégique à bien des égards ; elle peut conditionner, très largement, la suite du procès, de sorte que la décision d'y recourir est importante, de même que son contenu et, plus encore, ses modalités de mise en œuvre. Il vaut toujours mieux être acteur plutôt que spectateur de son procès ! ■

*Si l'expert est désigné, à raison de ses compétences dans un domaine particulier et qu'il lui revient de déterminer la conduite des opérations, il n'est pas, pour autant, investi du procès et se doit de répondre exclusivement aux questions qui lui sont posées.*