

LA VALEUR PROBANTE DES RAPPORTS D'EXPERTS JUDICIAIRES

Xavier Aubry, Christophe Bonte, Philippe Borgat, Benoît de Clerck,
Gilles de Courcel, Patrick Iweins, Alain Martinez, Agnès Piniot,
Chantal Saint-Ayes et Pascal Simons

Colloque du 6 décembre 2023 organisé par la section Paris-Versailles
de la CNECJ, introduction par Monsieur l'avocat général près la cour
d'appel de Versailles **Henri GENIN** et conclusion par Monsieur le premier
président de la cour d'appel de Versailles **Jean-François BEYNEL**



01. La preuve par tous moyens	PAGE 29
02. Le rapport de l'expert judiciaire fait foi mais n'est pas un acte authentique	PAGE 34
03. Le principe de la contradiction et la hiérarchie des preuves	PAGE 37
04. Le secret des affaires	PAGE 41
05. La preuve du lien de causalité	PAGE 46
06. La falsification	PAGE 49
07. La traçabilité ou piste d'audit	PAGE 52
08. La preuve dans un monde numérique	PAGE 55
09. La preuve en cas de perte de chance	PAGE 61

Des principes de la liberté de la preuve et du contradictoire, en passant, notamment, par le respect du secret des affaires, la preuve de la perte de chance et la prise en compte d'une dématérialisation croissante, notre dossier explique pourquoi un rapport d'expertise judiciaire a force probante.



Basé sur le colloque de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice (CNECJ) du 6 décembre 2023, organisé par la section Paris-Versailles de la CNECJ au tribunal de commerce de Versailles, notre dossier reprend les différentes interventions. Sur le plan juridique, le principe de la liberté de la preuve se retrouve dans trois codes différents : le code de procédure civile (CPC), le code civil et le code de commerce. Ce principe consiste principalement à dire que la preuve peut être apportée par tout moyen. Il est, toutefois, strictement encadré par la loi. En effet, outre le fait que « nul ne peut se constituer de titre à lui-même », la preuve doit, sauf exceptions, être licite et admissible. Ces **principes** sont explicités dans la première partie de notre dossier.

La deuxième partie traite du **rapport de l'expert judiciaire** : celui-ci fait foi mais n'est pas un acte authentique.

Le principe de la **contradiction et la hiérarchie des preuves** font l'objet de la troisième partie du dossier. Dans certains cas, la mise en œuvre du principe du contradictoire ne permettant pas d'arbitrer entre les pièces produites par les demandeurs et celles apportées par les défendeurs, l'expert-comptable judiciaire peut s'appuyer sur la NEP 500 des commissaires aux comptes.

La quatrième partie traite du **secret des affaires** et, par ricochet, du caractère confidentiel des pièces à examiner. Elle présente également les conséquences sur le rapport de l'expert judiciaire.

Dans la cinquième partie, nous montrons que la **preuve du lien de causalité** entre le fait générateur et le préjudice pouvant être particulièrement difficile à établir dans beaucoup de situations, l'expert judiciaire doit procéder à une appréciation technique et s'en tenir aux faits.

La sixième partie s'attache à la **falsification**, qui peut intervenir en amont de l'expertise ou en cours d'expertise et que l'expert judiciaire doit identifier pour un calcul pertinent des préjudices civils.

La **traçabilité ou piste d'audit** est présentée dans la septième partie du dossier. La force probante des états de synthèse, autrement dit leur image fidèle, repose sur la certitude de l'intégrité du système.

Dans la huitième partie, nous traitons de la **preuve numérique** : comment la capturer et l'administrer ? Quelles sont les conséquences sur l'expertise ?

Enfin, la neuvième partie est axée sur la preuve en cas de **perte de chance** et donne, notamment, les étapes pour démontrer celle-ci.

LA PREUVE PAR TOUS MOYENS

Le principe de liberté de la preuve, ou de la preuve par tous moyens, est prévu par le code de procédure civile, le code civil et le code de commerce. Il est, toutefois, strictement encadré par la loi. La preuve doit, en effet, être licite et admissible. Néanmoins, la « preuve déloyale » est désormais admise dans certaines circonstances. De ce fait, il est possible de recourir à des modes de preuve illicites lorsqu'il n'existe aucune autre solution.

■ LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE

UN PRINCIPE PRÉVU PAR TROIS CODES DIFFÉRENTS...

Le principe de la liberté de la preuve se retrouve dans trois codes différents : le code de procédure civile (CPC), le code civil et le code de commerce. Ainsi :

- il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention (CPC art. 9) ;
- hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen (c. civ. art. 1358) ;
- à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi (c. com. art. L. 110-3).

... MAIS ENCADRÉ PAR LA LOI

Le principe : nul ne peut se constituer une preuve à lui-même

L'adage « Nul ne peut se constituer de titre à soi-même » (c. civ. art. 1363) signifie que, pour être recevable, l'écrit produit en justice ne peut pas émaner de la partie qui s'en prévaut. Il s'agit d'un principe constant et essentiel du droit de la preuve.

On ne peut, en effet, raisonnablement admettre qu'un demandeur puisse s'auto-constituer une preuve. Il ne peut prouver

ses allégations qu'au moyen d'éléments qui lui sont extérieurs.

A NOTER Depuis la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ord. 2016-131 du 10 février 2016), le code civil reprend le terme « titre », applicable aux seuls actes juridiques, et non le terme « preuve », applicable aussi bien aux actes juridiques qu'aux faits juridiques. Il a, ainsi, consacré la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait rendu inapplicable ce principe aux faits juridiques (cass. civ., 2^e ch., 6 mars 2014, n° 13-14295).

La preuve doit être licite

Au cours d'un contentieux, l'employeur, le salarié ou d'autres parties produisent les preuves nécessaires à leur défense ou à l'appui de leurs prétentions (voir ci-avant). En principe, la preuve doit être obtenue licitement et loyalement (CPC art. 9). Mais l'illicéité ou la déloyauté dans la production ou l'obtention d'une preuve ne conduit plus nécessairement à son irrecevabilité (voir ci-après).

Preuve illicite : une preuve qui n'est pas nécessairement irrecevable

Une preuve est « illicite » lorsque, schématiquement, elle contrevient à un principe ou à un droit.



EXEMPLE

Une preuve est illicite, par exemple, en cas de non-respect :

- des règles de protection des données personnelles (cass. soc. 8 mars 2023, n° 21-12492 FSB ; cass. soc. 10 novembre 2021, n° 20-12263 FSB ; cass. soc. 25 novembre 2020, n° 17-19523 FPPBRI) ;
- des formalités requises par le RGPD, comme l'analyse d'impact des données et le registre des activités de traitement ;
- du droit à la vie privée (c. civ. art. 9) : consultation de courriels personnels (cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42942, BC V n° 291), éléments recueillis sur les réseaux sociaux (cass. soc. 30 septembre 2020, n° 19-12058 FSPBRI), mise en œuvre d'une filature (cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-42401, BC V n° 352), etc.
- du secret des correspondances ;
- du secret professionnel (par exemple, dans les rapports entre l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes et son client ou entre le médecin et son patient) ;
- du secret des affaires (voir partie 4 « Le secret des affaires ») ;
- de l'obligation d'informer les salariés avant d'utiliser un dispositif permettant de collecter des informations les concernant personnellement (c. trav. art. L. 1222-4). Par exemple, la preuve obtenue grâce à un client mystère n'est pas illicite si l'employeur a préalablement informé les salariés de ce dispositif (cass. soc. 6 septembre 2023, n° 22-13783 FB).

Après avoir longtemps considéré qu'une preuve illicite, car attentatoire à la vie privée, était nécessairement irrecevable, la Cour de cassation a infléchi sa position et admis qu'une telle preuve soit prise en compte, mais sous certaines conditions (cass. soc. 30 septembre 2020, n° 19-12058 FSPBRI ; cass. soc. 25 novembre 2020, n° 17-19523 FPPBRI ; cass. soc. 10 novembre 2021, n° 20-12263 FSB).

Le juge doit, ainsi, se livrer à un « test de proportionnalité ». Concrètement, il lui faut

apprécier si le recours à cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve.

Le droit à la preuve peut, en effet, justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la double condition :

- que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit ;

• et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi (par exemple, la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ; cass. soc. 30 septembre 2020, n° 19-12058 FSPBRI).

ATTENTION C'est à la partie qui se prévaut de la recevabilité d'une preuve illicite de l'invoquer devant les juges du fond. À défaut, les juges n'examinent pas cette preuve (cass. soc. 8 mars 2023, n° 20-21848 FSB ; cass. soc. 22 mars 2023, n° 21-22852 D). En d'autres termes, si l'employeur produit une preuve qu'il sait illicite, il lui appartient de prendre les devants

et d'expliquer au juge du fond qu'il n'avait pas d'autres moyens de démontrer la faute du salarié et que l'atteinte ainsi portée aux droits de ce salarié reste strictement proportionnée au but poursuivi.

Preuve déloyale : une preuve jusqu'alors systématiquement irrecevable

La preuve déloyale est celle recueillie à l'insu d'une personne ou grâce à une manœuvre ou à un stratagème.

EXEMPLE

Citons, par exemple, un huissier qui agit de manière clandestine (cass. soc. 2 mars 2004, n° 01-44644, BC V n° 69), l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu du salarié (cass. soc. 14 mars 2000, n° 98-42090, BC V n° 101 ; cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209, BC V n° 85), la provocation de l'employeur pour piéger un salarié (cass. soc. 16 janvier 1991, n° 89-41052, BC V n° 15)...

REMARQUE La frontière entre preuve illicite et preuve déloyale n'est pas toujours aisée à détecter.

Jusqu'à récemment, le juge ne pouvait en aucun cas tenir compte d'une preuve obtenue déloyalement, que ce soit en matière civile, commerciale ou sociale (cass. ass. plén. 7 janvier 2011, n°s 09-14316 et 09-14667 PBRI ; cass. civ., 2^e ch., 9 janvier 2014, n° 12-17875 D ; cass. civ., 2^e ch., 26 septembre 2013, n° 12-23387 D ; cass. com. 10 novembre 2021, n° 20-14669 FB ; cass. com. 10 novembre 2021, n° 20-14670 FB ; cass. soc. 18 mars 2008, n° 06-40852, BC V n° 65 ; cass. soc. 4 juillet 2012, n° 11-30266, BC V n° 208). Seul le juge pénal pouvait tenir compte d'une preuve déloyale (cass. crim. 11 juin 2002, n° 01-85559, B. crim. n° 131).

Dans un arrêt du 22 décembre 2023, la Cour de cassation a, cependant, opéré un revirement de jurisprudence (cass. ass. plén. 22 décembre 2023, n° 20-20648 BR). Dans cette affaire, un « responsable commercial grands comptes », mis à pied à titre conservatoire, puis licencié pour faute grave pour ne pas avoir remis à son employeur les documents de suivi d'activité qu'il demandait, alors qu'il exerçait son activité à domicile, avait contesté son licenciement.

Dans le cadre de ce litige, l'employeur avait fourni un enregistrement sonore des entretiens préalables à la mise à pied et au licenciement, afin de démontrer que le salarié avait bien refusé de fournir le suivi de son activité commerciale. Or, ces enregistrements avaient été réalisés à l'insu du salarié. La cour d'appel avait donc déclaré ces preuves irrecevables et, aucun autre élément ne permettant de démontrer la faute commise par le salarié, elle avait jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pour la Cour de cassation, en revanche, c'est à tort que les juges d'appel ont décidé que les transcriptions des entretiens étaient irrecevables, car réalisées à partir d'enregistrements clandestins : ils auraient dû procéder au contrôle de proportionnalité (voir ci-avant). Désormais, il faut donc considérer que « dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats ».

EN PRATIQUE Il n'y a donc plus lieu d'établir de distinction entre preuve illicite et preuve déloyale. Et les règles sont dorénavant les mêmes pour tous les contentieux (civil, commercial, social ou pénal).

Nécessité d'un écrit pour prouver les actes juridiques supérieurs à 1 500 €

L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique (c. civ. art. 1359). Ce seuil est de 1 500 € (décret 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil, art. 1, modifié par le décret 2016-1278 du 29 septembre 2016).

POURQUOI AVOIR FIXÉ CE SEUIL À 1 500 € ?

La fixation de ce seuil à 1 500 € procède de la volonté du législateur d'exclure l'exigence d'une preuve par écrit pour les actes de la vie courante qui peuvent, ainsi, se prouver par tout moyen.

Pour déterminer si ce seuil est dépassé, il convient de prendre en considération le montant de la créance initiale (stipulée au contrat au jour de sa formation ; c. civ. art. 1359, al. 3), dans sa globalité.

Autrement dit, peu importe le montant de la demande du plaideur et le fait que le solde ou une partie d'une créance supérieure à 1 500 € soit inférieur(e) à ce seuil (c. civ. art. 1359, al. 4).

EXCEPTION La preuve par écrit est imposée quel que soit le montant notamment pour les transactions (c. civ. art. 2044, al. 2), les contrats d'assurance (c. ass. art. L. 112-3, al. 1), les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle (c. propr. intell. art. L. 131-2) et les cessions de parts sociales dans les SNC et les SARL (c. com. art. L. 221-14 et L. 223-17).

Le principe de l'estoppel

Selon le principe de l'estoppel, nul ne peut se prévaloir d'une position contraire à celle prise antérieurement lorsque ce changement se produit au détriment d'autrui (cass. ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19841 ; cass. civ., 1^{re} ch., 3 février 2010, n° 08-21288).

PRÉCISION Le principe de l'estoppel est également intitulé principe de « l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui » (ou principe du « *non concedit venire contra factum proprium* »). Il est issu du droit anglais. En effet, le premier avocat général près la Cour de cassation relève, dans son avis formulé dans le cadre de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière en date du 27 février 2009 (voir ci-avant), que « à l'origine, l'estoppel a été conçu en droit comme un mécanisme de blocage fonctionnant à la manière d'une fin de non-recevoir : le contractant qui se contredit au détriment de son co-contractant est *estopped* ou *stopped* ».

Toutefois, il existe des conditions pour que le principe de l'estoppel puisse s'appliquer. Ainsi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir si les actions engagées n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties (cass. ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19841).

■ LES MOYENS DE PREUVE

RECOURIR EN PRIORITÉ AUX MODES DE PREUVE LICITES...

Naturellement, priorité doit être donnée aux modes licites de preuve :

- sous certaines conditions de forme, témoignages, attestations de collègues, du supérieur hiérarchique ou de clients ;
- documents, contrats, correspondance professionnelle ;
- comptes-rendus d'activité ;
- entretiens d'évaluation ;
- éventuellement constats d'huissier établis en toute transparence ;

- enregistrements par vidéosurveillance, à condition que ce dispositif soit conforme aux exigences légales et que les salariés et leurs représentants en aient été informés ;
- consultations, enquêtes ;
- expertises de parties ou judiciaires ;
- mesures d'instruction sur requête avant tout procès (CPC art. 145) ou par ordonnance du juge du fond s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour statuer (CPC art. 144) ;
- etc...

À NOTER Les usages en matière commerciale peuvent être retenus comme moyens de preuve. Par ailleurs, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit (c. com. art. L. 123-23).

Afin de respecter le principe du contradictoire, il existe une obligation de communication des pièces entre les parties : une pièce non communiquée sera écartée par le juge.

REMARQUE Quant à la valeur probante des pièces, elle sera appréciée par le juge.

... PUIS, EN CAS D'IMPASSE, À DES MODES DE PREUVE ILLICITES

Ce n'est que dans un second temps, s'il n'a aucune autre solution pour démontrer les fautes alléguées, que l'employeur peut se tourner vers des modes de preuve illicites ou déloyaux (enregistrement audio ou vidéo réalisé à l'insu du salarié, par exemple). Il doit, en outre, s'assurer que l'atteinte éventuellement portée à la vie privée du salarié demeure proportionnée au but poursuivi (voir ci-avant).

L'employeur doit également garder à l'esprit que, en cas de contentieux, il lui faudra justifier du recours à une preuve illicite ou déloyale. Toutes ces considérations s'appliquent également au salarié, lorsque c'est lui qui cherche à démontrer un manquement de l'employeur.

LE RAPPORT DE L'EXPERT JUDICIAIRE FAIT FOI MAIS N'EST PAS UN ACTE AUTHENTIQUE

Les différents modes de preuve (par écrit, par témoin, par présomption judiciaire...) sont repris aux articles 1363 et suivants du code civil. Le rapport de l'expert judiciaire jouit d'un statut particulier puisqu'il s'inscrit dans le cadre de l'administration judiciaire de la preuve. Ainsi, il fait foi mais n'est pas un acte authentique, il va au-delà d'un constat. Il vise à éclairer le juge sans, pour autant, que ce dernier ne se sente lié.

■ LA FINALITÉ DE LA MISSION DE L'EXPERT JUDICIAIRE : ÉCLAIRER LE JUGE

Le principe du recours à l'expert en matière civile est fixé à l'article 232 du code de procédure civile (CPC) : « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ».

Plusieurs modes d'intervention de l'expert sont donc prévus :

- la *constatation* a un champ limité. En effet, le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter (CPC art. 249) ;
- la *consultation*, quant à elle, apparaît adaptée puisqu'elle est fournie lorsqu'une

question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes (CPC art. 256) ;

- enfin, l'*expertise* n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge (CPC art. 263). Elle va donc au-delà d'un simple constat.

RAPPEL

En matière pénale, les articles 156 et suivants du code de procédure pénale (CPP) fixent les conditions de recours à l'expertise, notamment pour résoudre des questions d'ordre technique.

EXPERT JUDICIAIRE VERSUS COMMISSAIRE AUX COMPTES L'avis de l'expert judiciaire relève-t-il d'un indice ou d'une présomption ? Peut-il être assimilé à une certification ou une assurance raisonnable ?

Les notions de certification ou d'assurance raisonnable se rattachent à l'opinion d'un auditeur sur les comptes. Le CAC donne l'assurance que les comptes, pris dans leur ensemble, ne comportent pas d'anomalies significatives. Cette assurance élevée, mais non absolue, du fait des limites de l'audit, est qualifiée, par convention, d'« assurance raisonnable » (NEP 200 § 08).

Les qualités professionnelles attendues de l'expert judiciaire et celles de l'auditeur présentent



des **similarités** : respect de règles de déontologie, garantie de l'indépendance et de l'impartialité, scepticisme, compétence. En revanche, les **différences** sont fortes. Citons-en trois :

- la mission de l'expert est fixée et délimitée par le juge ; l'auditeur émet une opinion globale sur des comptes ;
- si la méthodologie et la formulation du rapport de l'auditeur sont normées (normes d'exercice professionnel/NEP), elles restent à l'appréciation de l'expert même si des cadres pré-existent (fiches de la cour d'appel de Paris en matière de préjudices économiques, questions posées par le juge structurant le rapport de l'expert) ;
- la finalité. L'opinion ressortant d'une mission d'assurance est un gage de confiance à destination des utilisateurs des comptes ; le rapport d'expertise vise à éclairer le juge.

Ni présomption légale, ni indice, le rapport de l'expert judiciaire participe à asseoir la décision que le juge prendra sans, pour autant, que ce dernier soit lié par cet avis, ainsi qu'en dispose l'article 246 du CPC.

■ LE RAPPORT DE L'EXPERT N'EST PAS UN ACTE AUTHENTIQUE

S'il va au-delà d'un simple constat, le rapport de l'expert est-il un acte authentique ?

L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter (c. civ. art. 1369).

L'expert de justice n'est pas délégataire de la puissance publique de l'État, son rapport n'est donc pas un acte authentique.

■ LE RAPPORT D'EXPERTISE FAIT FOI, COMPTE TENU DES QUALITÉS INTRINSÈQUES DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE

Ni simple constat ni acte authentique, le rapport d'expertise judiciaire fait foi compte tenu des qualités attachées à l'expertise judiciaire, qui sont principalement de trois ordres.

Elles tiennent, en premier lieu, à la qualité d'expert judiciaire, qui est :

- respectueux des normes de déontologie garantissant son indépendance et son impartialité ;

- compétent dans son domaine d'expertise et familier des principes directeurs du procès.

Au-delà de sa qualité, l'expert se doit de mener les opérations d'expertise suivant les règles du procès équitable, de respect des délais mais, surtout, du principe de

contradiction, principe structurant de l'expertise civile (voir partie 3 « Le principe de la contradiction et la hiérarchie des preuves »).

Enfin, la confiance mise dans l'avis de l'expert reposera sur la rigueur de sa démarche et l'intelligibilité de son rapport.

■ QUELQUES PARTICULARITÉS DE LA DISCIPLINE

Chacun garde en mémoire la fameuse preuve par 9 (technique permettant de vérifier le résultat d'un calcul mental ou effectué « manuellement » ; en langue courante, il s'agit de la preuve absolue si l'on raisonne bien).

Il convient de ne pas tirer de conclusion trop hâtive sur l'exactitude des chiffres repris dans les rapports d'experts judiciaires.

En effet, la preuve par 9 n'atteste pas de l'exactitude d'un calcul, elle ne permet que de révéler son inexactitude.

Les missions qui sont confiées aux experts judiciaires aujourd'hui sont éloignées de simples constats sur la réalité ou l'exactitude d'une écriture comptable et intègrent une part de subjectivité.

EXEMPLES

L'évaluation de préjudices économiques suppose l'élaboration d'un scénario contrefactuel afin de refléter quelle aurait été la situation en l'absence de sinistre et de le comparer à la situation réelle, voire de projeter dans le futur les effets de faits dommageables pouvant perdurer.

L'évaluation de droits sociaux requiert des estimations sur la base de « business model », d'études de marché...

Leurs missions peuvent également les conduire à procéder à des analyses économiques pour apprécier le lien de causalité.

La garantie de la fiabilité de leurs avis, gage de la confiance, bénéficiera, certes, des effets positifs du principe de contradiction mais reposera, en définitive, sur :

- leur qualité d'écoute et de compréhension ;

- la rigueur de la méthodologie retenue ;
- la fiabilisation des données sources et des modèles utilisés ;
- l'analyse de sensibilité des résultats de leurs travaux ;
- l'intelligibilité des réponses apportées aux questions posées.

LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION ET LA HIÉRARCHIE DES PREUVES

Le principe général est la liberté des preuves, sauf exceptions. Les conflits de preuve se règlent donc en déterminant le titre le plus vraisemblable (voir partie 1 « La preuve par tous moyens »). Dans certains cas, la mise en œuvre du principe du contradictoire ne permettant pas d'arbitrer entre les pièces produites par les demandeurs et celles apportées par les défendeurs, l'expert-comptable judiciaire peut s'appuyer sur la NEP 500. Enfin, l'expert doit se méfier des biais cognitifs, rester humble, se garder des idées reçues et adopter une approche technique et scientifique.

■ LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE, UNE LIMITE À LA LIBERTÉ DE LA PREUVE

LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LIBERTÉ DE LA PREUVE

Le principe général est la liberté des preuves (c. civ. art. 1358 ; voir partie 1 « La preuve par tous moyens »), sauf lorsque la loi en dispose autrement (par exemple, lorsqu'elle impose un acte authentique), le juge en ayant la libre appréciation.

La charge de la preuve incombe au demandeur (code de procédure civile/CPC art. 6 et 9).

Toutefois, nul ne peut se constituer de titre à soi-même (c. civ. art. 1363).

PRÉCISION Le législateur a retenu les termes « titre à soi-même » et non ceux de « preuve à soi-même » pour signifier que l'interdiction de s'auto-constituer une preuve ne s'applique qu'aux actes juridiques. En effet, le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable aux faits juridiques (cass. 2^e civ., 6 mars 2014, n° 13-14295) (voir partie 1 « La preuve par tous moyens »). Pour rappel, la distinction entre les faits juridiques et les actes juridiques réside dans l'intentionnalité :

un *acte juridique* est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (c. civ. art. 1100-1) alors qu'un *fait juridique* est un agissement ou un événement auquel la loi attache des effets de droit (c. civ. art. 1100-2).

Par conséquent, en cas de conflits de preuve, à défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge les règle par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable (c. civ. art. 1368).

LE RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ENTRE LES PARTIES

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction : il ne peut recevoir les preuves que si les parties ont été à même d'en débattre contradictoirement (CPC art. 16).

En effet, les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles



produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense (CPC art. 15).

Ce principe figure également à l'article 132 du code de procédure civile (CPC), qui dispose que « la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée ».

EN PRATIQUE L'expert-comptable judiciaire est fréquemment inondé de pièces et de documents plus ou moins pertinents, et n'obtient pas toujours toutes les pièces qu'il a demandées. Qui plus est, il arrive qu'il doive arbitrer entre différentes pièces produites par les demandeurs et défendeurs, qui sont contradictoires et dont la fiabilité n'est pas certaine, et que la mise en œuvre du principe du contradictoire ne suffise pas à régler le problème.

■ LA NEP 500 DES CAC : UNE AIDE POSSIBLE POUR L'EXPERT JUDICIAIRE

La NEP 500 « Caractère probant des éléments collectés » des commissaires aux comptes constitue une référence pratique utile pour l'expert-comptable judiciaire. Cette NEP rappelle, en effet, notamment, une démarche de bon sens qui peut l'inspirer.

En voici quelques exemples pratiques :

- les éléments collectés d'origine externe (par exemple, un relevé bancaire) sont plus fiables que ceux d'origine interne (par exemple, des écritures comptables) ;
- les éléments collectés d'origine interne sont d'autant plus fiables que le contrôle interne est efficace. Rappelons que, selon le référentiel COSO, le contrôle interne comprend cinq composantes, à savoir l'environnement de contrôle, l'évaluation des

risques, les activités de contrôle, l'information et la communication et, enfin, le pilotage (voir RF Comptable 519, notre dossier « La performance comptable : mesure, points de vigilance et d'efficience - Partie 1 », partie 1, octobre 2023). La séparation des tâches est, par exemple, un élément important des activités de contrôle ;

- les éléments obtenus directement, par exemple lors d'une observation physique, sont plus fiables que ceux obtenus par des demandes d'information ;
- les éléments collectés sont plus fiables lorsqu'ils sont étayés par des documents ;
- les éléments collectés constitués de documents originaux sont plus fiables que ceux constitués de copies.

■ SUR QUELLES PREUVES L'EXPERT JUDICIAIRE PEUT-IL S'APPUYER ?

LES CONTRATS

De nombreuses expertises confiées aux experts-comptables de justice nécessitent de s'appuyer sur des contrats.

Ainsi, dans les expertises qui nécessitent de déterminer le quantum d'un préjudice

économique, les engagements pris au contrat s'imposent à l'expert pour déterminer le préjudice par différence entre la situation factuelle et la situation contrefactuelle (c'est-à-dire une situation qui serait survenue si l'action n'avait pas été déclenchée).

EXEMPLE

Engagements pris au contrat : le nombre de produits finis produits par la machine en 24 heures.

Situation factuelle : la machine ne produit que 60 pièces d'une valeur de 100 € en 24 heures, soit 6 000 €.

Situation contrefactuelle : la machine aurait dû produire 100 pièces d'une valeur de 100 € en 24 heures, soit 10 000 €.

Préjudice économique : $10\,000 - 6\,000 = 4\,000$ € en 24 heures.

LES PUBLICITÉS ET LE SITE INTERNET DU VENDEUR

Mais la situation peut être plus subtile : par exemple, le contrat ne contient pas d'engagement ferme mais les publicités et le site Internet du vendeur/de l'installateur de la machine font état d'une production de 100 pièces en 24 heures.

Alors, l'expert-comptable de justice pourra s'appuyer sur les publicités et le site Internet du vendeur/de l'installateur, qui ont créé une attente légitime de l'acquéreur de la machine, comme moyens de preuve, ce que le demandeur ne manquera pas de mettre en évidence.

LES COURRIELS

En application de l'article 1362 du code civil, un courriel constitue un commencement de preuve par écrit dès lors qu'il rend vraisemblables les allégations.

EN PRATIQUE De nombreux courriels, plus ou moins hors sujet à l'aune des chefs de la mission de l'expert, sont souvent produits par les parties à l'appui de leurs prétentions. Mais l'expert doit faire le tri dans toutes les informations produites et ne pas se laisser emmener en dehors de sa mission par des parties mettant parfois trop de passion dans le débat, au détriment des éléments factuels.

■ RECOMMANDATIONS AUX EXPERTS

Voici quelques recommandations aux experts :

❶ Tenir compte de la fiabilité des preuves : par exemple, la répartition des parts sociales mentionnée dans les statuts de la SARL l'emporte sur les mentions des procès-verbaux d'assemblée ou de la liasse fiscale en cas de contradiction entre ces documents. Autre exemple : un acte authentique est plus fiable qu'un simple contrat.

❷ L'arbre d'une pièce ne doit pas cacher la forêt de l'ensemble des pièces. L'expert doit garder une vue d'ensemble, certes voir le détail, mais aussi savoir prendre du recul pour forger son opinion et rendre un avis fondé et objectif.

❸ Ne pas imposer un mode de preuve en créant une hiérarchie des preuves artificielle. Par exemple, si un demandeur exige l'attestation d'un chiffre clé émanant d'un

commissaire aux comptes (par exemple, une attestation du montant du chiffre d'affaires de la société) alors que le défendeur produit cette attestation émanant d'un expert-comptable indépendant, il lui appartient de démontrer pourquoi l'attestation d'un expert-comptable ne suffirait pas au cas d'espèce.

④ Se méfier de l'intime conviction qui peut résulter de biais cognitifs (par exemple, le biais de confirmation d'hypothèses, qui pousse à chercher les éléments à l'appui des hypothèses prises par l'expert, en occultant consciemment, ou non, les éléments qui les contredisent). L'expert doit rester humble, adopter une approche technique et scientifique, et se garder des idées reçues.

■ PORTÉE DES DIFFÉRENTS TYPES DE RAPPORT

Voyons d'abord le cas de l'avis du sapiteur. Ce dernier est un technicien d'une autre spécialité mais, ce qui compte en définitive, c'est le rapport de l'expert judiciaire, qui a fait appel au sapiteur et s'appuie sur son avis pour fonder sa propre conclusion.

REMARQUE Issu du latin *sapere* (savoir), le terme « sapiteur » doit être utilisé pour désigner un « sachant ». De fait, il est souvent employé d'une manière extensive pour désigner un technicien ou un expert judiciaire.

Ensuite, il y a le rapport en l'état, par exemple du fait d'une provision complémentaire ordonnée par le juge mais non consignée par la partie. Ce rapport peut être utile au juge lorsqu'il contient des éléments d'appréciation suffisants et étayés, mais est souvent difficilement exploitable.

Par ailleurs, il y a le cas des rapports d'experts de partie, qui ne respectent pas les mêmes conditions en matière de respect du principe de la contraction, même quand ces rapports émanent d'experts inscrits sur les listes des cours d'appel ou de la Cour de cassation.

Suite à une expertise judiciaire, le rapport de l'expert judiciaire qui a respecté les règles procédurales aura, par conséquent, une force probante supérieure à celui des experts de partie qui portent sur la même affaire.

En outre, bien qu'elles devraient collaborer pleinement et de bonne foi, il arrive que les parties ne communiquent que les pièces et arguments en leur faveur à leurs experts de partie respectifs, ce qui constitue une forme de mensonge par omission, susceptible de biaiser le raisonnement de l'expert de partie.

Dans sa démarche, l'expert judiciaire, quant à lui, ne se laisse pas enfermer dans une aporie (du grec ancien *aporia* qui signifie « absence de passage, difficulté, embarras » ; il s'agit d'une difficulté à résoudre un problème, une contradiction insoluble dans un raisonnement, une difficulté logique sans issue), mais pose les bonnes questions, met en place une démarche de dialectique rigoureuse fondée sur les faits, en respectant sans concession le principe du contradictoire, et en tire les conséquences objectives pour répondre aux chefs de sa mission, d'où la force probante de son rapport.

Enfin, signalons le cas du collège d'experts. Si jamais leurs opinions sont divergentes, ils indiquent chacun leur opinion dans le rapport unique.

LE SECRET DES AFFAIRES

Le droit au secret des affaires s'impose à tous. La procédure d'expertise nécessite d'être adaptée avec l'accord des parties. L'expert doit veiller à ce que les pièces soumises au secret des affaires dont il demande communication sont nécessaires à sa mission.

Dans ces conditions, il n'y a pas d'incompatibilité entre le respect du contradictoire et l'examen par l'expert, hors la présence des parties, de pièces nécessaires à sa mission. La procédure mise en place avec l'accord des parties ou du juge ayant été respectée, il est considéré que le rapport conserve sa valeur probante.

■ QU'EST-CE QUE LE SECRET DES AFFAIRES ET QU'IMPLIQUE-T-IL ?

Le secret des affaires est un droit institué par la loi 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires et codifié dans le code du commerce aux articles L. 151-1 à L. 154-1 et R. 152-1 à R. 153-10.

Lorsqu'une partie invoque le secret des affaires, les experts sont tenus de se soumettre à la loi, sans quoi leur responsabilité pourrait être engagée.

Le secret des affaires dans l'expertise exige de limiter la communication des pièces, ce qui porte atteinte au respect du principe du contradictoire (voir partie 3 « Le principe de la contradiction et la hiérarchie des preuves »), cause de nullité du rapport.

Comment, alors, le rapport d'expertise peut-il conserver sa valeur probante tout en respectant le droit au secret des affaires ?

Il s'agit, en effet, d'une source de difficultés pour les experts, qui sont confrontés aux problématiques suivantes :

❶ Des limites peuvent-elles être opposées à une partie lorsqu'elle invoque le droit au secret des affaires ?

Que faire lorsque les parties ne sont pas d'accord sur ce caractère confidentiel ? Comment apprécier le caractère confidentiel d'une pièce ?

❷ Comment procéder à l'examen des pièces soumises au secret des affaires et comment respecter le principe du contradictoire ?

❸ Quelles sont les conséquences pour le rapport d'expertise ? Comment les informations confidentielles sont-elles traitées dans le rapport de l'expert ?

■ APPRÉCIATION DU CARACTÈRE CONFIDENTIEL DES PIÈCES À EXAMINER

PROBLÉMATIQUES LIÉES À LA CONFIDENTIALITÉ

Certaines pièces ont un caractère confidentiel qui ne fait pas débat, notamment en présence de sociétés concurrentes : fichiers clients ou

fournisseurs, propositions commerciales, montages financiers, procédés industriels, marges par produits... qu'il peut être sensible de dévoiler face à ses concurrents.



EN PRATIQUE On retrouve cette liste de pièces dans la fiche n° 9 a de la cour d'appel de Paris, mise à jour en mars 2024, qui traite de la gestion de la confidentialité et du respect du secret des affaires (<https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2024-01/FICHE%20n%C2%B09%20A%20-%20secret%20des%20affaires%20actualis%C3%A9e.pdf>).

Le secret des affaires est souvent invoqué dans les affaires de concurrence déloyale et dans les expertises de gestion.

Mais que faire si on vous oppose le secret des affaires à une demande de communication de pièces dont la nature confidentielle vous échappe au premier abord (par exemple, les comptes d'une société, certes non publiés mais qui légalement devraient l'être) ?

Ou que faire si le contradicteur dénie le caractère confidentiel de cette pièce et invoque une procédure dilatoire (qui tend à différer l'instruction ou le jugement d'une affaire, d'un procès) du défendeur ?

UNE COMMUNICATION ENCADRÉE PAR LA LOI

La loi 2018-670 encadre la communication au juge des pièces soumises au secret des affaires. Les experts peuvent, bien sûr,

s'en inspirer en veillant, toutefois, à ne pas s'arroger les pouvoirs du juge.

La loi précise que la communication de ces pièces doit être nécessaire à la résolution du litige, ce qui, transposé à l'expertise, implique qu'elle soit nécessaire à la réalisation de la mission et que l'expert ne déborde pas du périmètre de sa mission.

LES 3 CRITÈRES D'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE CONFIDENTIEL DES PIÈCES

L'appréciation du caractère effectivement confidentiel de ces pièces peut s'appuyer sur les 3 critères suivants (c. com. art. L. 151-1) :

- l'information ne doit pas être aisément accessible pour les lecteurs avertis du même secteur et cette information n'est pas nécessairement sophistiquée ou technique ;
- l'information revêt une valeur commerciale du fait de sa confidentialité ;
- l'information fait l'objet, de la part de son détenteur, de mesures de protection raisonnables.

En dernier recours, l'expert peut saisir le juge, qui est seul compétent pour qualifier si une information est protégée par le secret des affaires/a un caractère confidentiel.

EXEMPLE

Dans une récente affaire opposant deux réseaux de pizzerias X et Y, la Cour de cassation a jugé qu'un guide d'évaluation des points de vente de Y, contenant de nombreux conseils pour permettre aux franchisés du réseau Y d'améliorer la qualité de leur gestion et la rentabilité de leur point de vente, adressé uniquement aux membres de ce réseau et mentionnant, en bas de chacune de ses pages, son caractère strictement confidentiel ainsi que l'interdiction de toute communication en dehors du réseau, était un vecteur de transmission du savoir-faire distinctif du franchiseur. Elle en a donc déduit que les informations qu'il contenait avaient une valeur commerciale effective ou potentielle et n'étaient pas généralement connues ou aisément accessibles pour les personnes familières de ce type d'informations, dans le secteur d'activité de la fabrication et de la vente à emporter de pizzas (cass. com. n° 23-10.954, 5 juin 2024).

Ce guide était protégé par le secret des affaires du réseau Y et les pizzerias du réseau X savaient ou auraient dû savoir que ce document leur avait été remis sans le consentement de la pizzeria du réseau Y et en méconnaissance d'une obligation de confidentialité à laquelle étaient tenues les sociétés appartenant au réseau dirigé par ce franchiseur.

En revanche, la Cour de cassation a jugé que, sans rechercher, comme elle y était invitée, si ce guide était indispensable pour prouver les faits allégués de concurrence déloyale et si l'atteinte portée par son obtention ou sa production au secret des affaires de la pizzeria du réseau Y n'était pas strictement proportionnée à l'objectif poursuivi (c. com. art. 151-8, al. 3 ; convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6, § 1 ; voir partie 1 « La preuve par tous moyens »), la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

■ ORGANISATION DE L'EXAMEN DES PIÈCES SOUMISES AU SECRET DES AFFAIRES

Plusieurs solutions sont depuis longtemps mises en œuvre par les experts pour réaliser l'examen des pièces soumises au secret des affaires. Ces solutions se sont trouvées confortées par la loi de 2018 (loi 2018-670 du 30 juillet 2018, voir ci-avant).

MESURES GÉNÉRALES

La loi 2018-670 du 30 juillet 2018 précitée dispose, en effet, que le juge peut (loi 2018-670, art. 1 ; c. com. art. 153-1) :

- refuser la communication de pièces si celles-ci ne sont pas nécessaires à la solution du litige ;
- ordonner la communication d'une pièce dans sa version intégrale lorsque celle-ci est nécessaire à la solution du litige, alors même qu'elle est susceptible de porter atteinte au secret des affaires. Dans ce cas, le juge désigne la ou les personnes pouvant avoir accès à la pièce ;
- enfin, lorsqu'une partie des informations contenue dans une pièce est confidentielle et non nécessaire à la solution du litige, le juge

peut ordonner la communication de la pièce dans une version résumée ou caviardée... selon les modalités qu'il fixe.

RAPPEL

Encore une fois, l'expert n'a pas les pouvoirs du juge, il ne peut donc pas décider unilatéralement de consulter seul une pièce confidentielle, il lui faut requérir l'accord des parties.

UNE SOLUTION PLÉBISCITÉE : LE RECOURS À DES CONSEILS TECHNIQUES

Cependant, il existe une solution qui semble plus confortable à beaucoup d'experts, car elle permet le respect d'une forme de contradictoire : il s'agit de demander à chaque partie de désigner un conseil technique qui s'engagera à la confidentialité (via la signature d'une charte le plus souvent) et qui pourra examiner avec l'expert les pièces confidentielles.

EN PRATIQUE Il est préférable que les conseils techniques soient experts judiciaires car ils sont, ainsi, rompus à la déontologie et à la pratique de l'expertise.

La consultation des pièces confidentielles par les conseils techniques peut être limitée :

- consultation chez l'expert où elles peuvent être stockées ;

- copie interdite et autorisation à la seule prise de note ;
- examen des pièces en réunion technique avec l'expert.

Si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur les modalités d'examen de ces pièces, le recours au juge est nécessaire.

■ CONSÉQUENCES SUR LE RAPPORT DE L'EXPERT JUDICIAIRE

LE RAPPORT NE CONTIENT PAS LES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES...

Les informations confidentielles doivent être protégées tout au long de l'expertise, y compris dans les phases de rédaction du rapport d'expertise.

L'expert doit prendre garde de ne pas divulguer dans son rapport le contenu soumis au secret des pièces qu'il a examinées confidentiellement.

Toutes les informations confidentielles et tous les détails des calculs sont absents du rapport.

Toutefois, il est nécessaire de solliciter des parties qu'elles se prononcent sur le niveau d'information qui peut être cité dans le rapport.

... MAIS DOIT PERMETTRE AUX PARTIES D'APPRÉCIER LE TRAVAIL DE L'EXPERT

Pour autant, la rédaction du rapport doit permettre à chacune des parties d'apprécier le travail d'analyse accompli par l'expert et d'y apporter la contradiction dans leurs dires.

Pour ce faire, elles peuvent se reposer sur l'avis de leur conseil technique quand elles en ont désigné un, celui-ci ayant accès aux pièces confidentielles et aux calculs de l'expert.

Mais, en l'absence de conseils techniques, les parties qui n'ont pas connaissance des détails des calculs ne peuvent procéder à aucune vérification. Il est donc nécessaire d'explicitier suffisamment dans le rapport l'approche retenue, les diligences effectuées et les modalités des calculs afin qu'elles puissent prendre position.

■ FOCUS SUR LE SECRET DES AFFAIRES DANS LES EXPERTISES RELEVANT DU CHIFFRE

QUI, EN PRATIQUE, OPPOSE LE SECRET DES AFFAIRES À L'EXPERT JUDICIAIRE ?

Les parties et les sachants

Dans les expertises relevant du chiffre (nomenclature « D » ; arrêté du 5 décembre 2022 relatif à la nomenclature prévue à l'article 1^{er} du décret 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires), les personnes qui, en pratique,

peuvent opposer le secret des affaires à l'expert judiciaire sont les parties en présence et les sachants (anciens employés et tiers circularisés, à savoir les fournisseurs et les clients des parties).

Le cas des experts-comptables

Les experts-comptables sont tenus au secret professionnel par la loi et par leur code de déontologie (ord. 45-2138, art. 21 et décret 2012-432 du 30 mars 2012, art. 147).

Ils doivent également remplir un devoir de discrétion (décret 2012-432 précité, art. 147) et une obligation de confidentialité. La confidentialité couvre toutes les informations générales dont ils ont eu connaissance au cours de leur mission.

A NOTER L'obligation de confidentialité de l'expert-comptable peut être levée par son client. Il peut alors partager les informations générales dont il a eu connaissance au cours de sa mission.

Le cas spécifique des commissaires aux comptes

L'article 9 du code de déontologie des commissaires aux comptes prévoit que le CAC doit respecter le secret professionnel auquel la loi le soumet. Il ne communique les informations qu'il détient qu'aux personnes légalement qualifiées pour en connaître (c. com. livre VIII, ann. 8-1 ; c. déont. art. 9).

Cela signifie que :

- le CAC est soumis à une obligation de secret professionnel au caractère absolu dont il ne peut être délié que par une disposition légale ;
- son client ne peut l'en délier.

EN PRATIQUE Le plus souvent, les experts n'ont accès aux informations détenues par le CAC (son dossier de travail notamment) que lorsqu'il est lui-même mis en cause et qu'il doit se défendre.

LES MOYENS À OPPOSER AU REFUS DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS

Afin de contrer le refus de communication des informations demandées par les experts judiciaires, nous pouvons rappeler les textes suivants, qui ne sont pas cités *in extenso* et ne concernent pas les commissaires aux comptes (à moins qu'ils ne soient mis en cause) :

- « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité », sauf à invoquer un motif légitime pour s'y soustraire (c. civ. art. 10). La persistance du refus peut donner lieu à un recours au juge qui tranchera et tirera éventuellement dans sa décision les conséquences du refus ;
- « le technicien peut recueillir des informations orales ou écrites de toutes

personnes, sauf à ce que soient précisés leurs nom, prénoms, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles » (CPC art. 242) ;

- « le technicien peut demander communication de tous documents aux parties et aux tiers, sauf au juge à l'ordonner en cas de difficulté » (CPC art. 243).

A NOTER Ces textes représentent le principe, qui est celui de la communication, toute restriction ou refus ne pouvant constituer qu'une exception.

LES PRÉCAUTIONS À PRENDRE

Les précautions à prendre en termes de communication d'informations figurent également dans le code de procédure civile.

Ainsi, le technicien doit faire connaître, dans son avis, toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner.

Il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission. Il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies (CPC art. 244).

Par ailleurs, les parties 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, l'autoriser à passer outre ou à déposer son rapport en l'état.

La juridiction de jugement peut tirer toute conséquence de droit du défaut de communication des documents à l'expert (CPC art. 275).

A NOTER L'expert ne doit pas tenter d'obtenir les pièces illégitimement, sous peine d'être exposé à la sanction de l'article 226-13 du code pénal (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende). Il peut en référer au juge en cas de difficulté.

LA PREUVE DU LIEN DE CAUSALITÉ

En matière d'évaluation du préjudice, c'est au demandeur d'« articuler » un chiffre et d'en apporter la preuve. Toutefois, la preuve du lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice peut être particulièrement difficile à établir dans beaucoup de situations. Le rôle de l'expert judiciaire relève, alors, d'une appréciation technique et il doit s'en tenir aux faits.

■ LA NOTION DE LIEN DE CAUSALITÉ : RAPPELS

PRINCIPE : L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE CAUSALITÉ INCOMBE AU DEMANDEUR

À l'occasion d'un litige, l'expert judiciaire est souvent confronté aux stratégies des parties, avec cette notion importante qu'est le lien de causalité.

Il est utile de rappeler qu'il n'y a de responsabilité que si le fait imputé au défendeur se rattache au dommage par une relation de cause à effet, et c'est bien cela que l'on appelle « lien de causalité ».

Il s'agit d'une condition de la responsabilité, et l'établissement de ce lien incombe, en principe, au demandeur qui devra fournir au juge des éléments de nature à en caractériser l'existence.

LES DEUX GRANDES CONCEPTIONS DE LA CAUSALITÉ

L'établissement de ce lien de causalité n'est pas toujours facile.

En effet, il se peut que le dommage ne provienne pas d'une cause unique, mais d'une série de circonstances successives sans l'enchaînement desquelles le dommage ne se serait pas produit.

Dans ce cas, la question se pose de savoir s'il faut toutes les retenir ou n'en retenir qu'une seule. Il est classique d'opposer ici deux grandes conceptions de la causalité : la théorie de « l'équivalence des conditions » et celle de « la causalité adéquate ».

Si la première considère l'ensemble des faits qui ont concouru à la production du dommage, la seconde retient, quant à elle, parmi les multiples causes du dommage, la seule cause prépondérante comme fait générateur de responsabilité.

■ DES DIFFICULTÉS À PROUVER LE LIEN DE CAUSALITÉ...

La preuve du lien de causalité peut être particulièrement difficile à établir dans beaucoup de situations. C'est le cas, en

particulier, dans le secteur médical mais cela peut également être le cas en matière de litiges économiques.



EXEMPLE

Prenons le cas d'une entreprise qui aurait subi un dommage avec une perte de clientèle. Celle-ci peut aussi bien être imputable :

- au comportement déloyal d'un concurrent ;
- qu'au jeu normal de la concurrence ;
- ou plus simplement à la conjoncture économique.

Un juge pourra forger sa conviction sur de simples indices et présomptions de faits.

Pour prouver le lien de causalité, il suffira qu'il y ait une probabilité suffisante de causalité avec un faisceau d'indices.

Cependant, dès lors que le lien de causalité n'est pas établi, les juges rejettent les indemnisations qui leur sont présentées.

En effet, si ces éléments ne sont pas convaincants et qu'un doute subsiste sur le rapport entre le dommage et le fait reproché au défendeur, alors le demandeur échouera dans son action.

Les avocats du défendeur le savent bien et ils pourront chercher à démontrer l'absence de ce lien de causalité.

■ QUEL EST LE RÔLE DE L'EXPERT JUDICIAIRE POUR DÉTERMINER L'IMPUTABILITÉ DU FAIT DOMMAGEABLE ?

L'expert sera naturellement particulièrement attentif aux stratégies des parties et cherchera à examiner l'ensemble de leurs demandes pour y répondre tout en respectant le principe du contradictoire.

CAS OÙ L'EXPERT NE PEUT ÉTABLIR QU'UNE PROBABILITÉ DU LIEN DE CAUSALITÉ

Il est important de souligner que, **dans certains cas, l'expert ne pourra établir de certitude mais seulement une probabilité.**

Cette notion de probabilité est évidemment antinomique avec le caractère de certitude qui est demandé à un expert du chiffre. Mais l'expert pourra donner son avis en le motivant avec une probabilité plus ou moins forte de ce lien de causalité.

On voit bien la difficulté que cela pose. Il sera donc important que l'expert précise sur quelles bases se fonde la relation de causalité :

- si la causalité ne soulève aucun doute ;

- si la causalité n'existe pas ou n'est pas démontrée scientifiquement ;
- si la causalité n'est pas formellement certaine mais paraît très plausible ;
- si la causalité est possible mais qu'il n'est pas possible de la démontrer.

Dans le cas où il y aurait un **partage de l'imputabilité** avec plusieurs événements qui ont pu concourir à un dommage, il appartiendra à l'expert de décrire les hypothèses qu'il aura retenues et de présenter les pourcentages respectifs (de responsabilité) imputables aux uns et aux autres.

LE RÔLE DE L'EXPERT RELÈVE D'UNE APPRÉCIATION TECHNIQUE

On notera que le rôle de l'expert relève avant tout d'une appréciation technique

(et financière) et il devra donc nécessairement **s'en tenir aux faits**. Il ne lui appartient pas d'apporter la preuve du lien de causalité, qui est une notion de droit.

Cela pourrait conduire l'expert à prendre des précautions dans son rapport. Il pourra aller jusqu'à rappeler qu'il ne lui appartient pas de se substituer au juge (voir partie 4 « Le secret des affaires ») et de l'écrire de manière explicite dans son rapport et avoir des conclusions qui proposent plusieurs scénarii possibles.

Ainsi, un expert pourrait être conduit à écrire dans son rapport que s'il est retenu telle interprétation ou tel critère d'imputabilité, alors les conclusions économiques seraient celles-ci, et inversement s'il est retenu une autre hypothèse...

En synthèse, il est bien évidemment nécessaire que l'expert ait une attitude qui soit des plus rigoureuses mais il est également important que son rapport contienne un exposé technique avec des termes clairs et facilement interprétables pour permettre au juge qui l'aura commis d'apprécier au mieux les responsabilités.

LA FALSIFICATION

La falsification de documents peut intervenir en amont de l'expertise ou en cours d'expertise. L'expert judiciaire doit identifier toutes les falsifications, pour un calcul pertinent des préjudices civils.

Pour ce faire, il doit tenter d'examiner l'exhaustivité des transactions lorsque la falsification a été réalisée en amont de l'expertise, et mettre en œuvre les méthodologies classiques de l'audit lorsque la falsification intervient en cours d'expertise. Face à ce risque, il s'appuie sur le principe du contradictoire, sans faire systématiquement preuve de scepticisme. En cas de doute, le recours à un sapiteur est nécessaire.

■ LA FALSIFICATION EN AMONT DE L'EXPERTISE

EXEMPLES DE CAS PRATIQUES

Les cas de figure présentés ci-après sont apparus dans des affaires pénales, suivies parfois d'expertises au civil pour détermination de préjudices, en principal et intérêts.

Dans la première affaire, retenue ici en guise d'illustration, il s'agissait de détournements de fonds du livret A à la Poste. Ces fonds étaient sortis en cours de mois par le responsable incriminé, puis la balance des comptes était rétablie chaque fin de mois par une falsification d'écritures informatiques. Ce cas, relativement original, relevait, de fait, de la même catégorie que la saisie de fausses factures d'achats, ou de paiements détournés, à savoir de toutes fraudes, antérieures à l'expertise donc, qui n'ont pas perduré dans l'entité où elles avaient été commises, grâce aux procédures de contrôle interne.

Un second cas, qui, lui, a perduré 12 ans, concernait la falsification de signature de

chèques. Ce procédé était techniquement assez classique, le contrôle interne de l'entreprise ayant été contourné à un certain niveau, et la personne mise en examen occupant un poste élevé dans la hiérarchie de l'entreprise.

QUEL EST L'IMPACT SUR LA VALEUR PROBANTE DU RAPPORT D'EXPERTISE ?

L'impact de la falsification sur la valeur probante du rapport d'expertise est essentiellement lié à l'exhaustivité.

En effet, il est demandé, dans de tels cas, aux experts-comptables de justice de dépouiller et de mettre en forme de très nombreuses transactions. Au final, leur enjeu est de bien identifier toutes les falsifications, pour, dans une seconde phase, effectuer un calcul pertinent des préjudices civils.

■ LA FALSIFICATION EN COURS D'EXPERTISE

Sont visés ici les documents créés ou reconstitués frauduleusement à destination de l'expert judiciaire.

PRÉCISION Ces « documents » peuvent, bien entendu, être sous format « papier » ou sous format numérique.



Dans ces approches, et les cas rencontrés, l'expert-comptable de justice applique les méthodologies classiques de l'audit, à savoir :

- vérification de l'exhaustivité des mentions sur une facture fournisseur ;
- contrôle de ces mentions avec des sources externes (le n° Siret à 14 chiffres) ;

- rapprochement avec les pièces juridiques pertinentes...

... d'où la formule bien connue « la comptabilité est l'algèbre du droit ».

La sanction, au civil, est la mise à l'écart - donc la nullité sur le fond - de la ou des pièces incriminées, dans le cadre de l'expertise.

EXEMPLE

Citons le cas de feuilles de travail de révision comptable présentées à l'expert, lequel eut le flair de regarder de près les mentions de l'imprimeur, portées verticalement sur le côté gauche du document. Maladresse de la partie en défense, ces mentions imprimées s'avéraient incompatibles avec l'année où ledit document était censé avoir été établi...

■ LES PIÈCES NON PROBANTES

Au-delà de ces circonstances factuelles et de ces falsifications avérées, l'expert-comptable de justice peut se trouver en présence d'une incertitude très difficile, voire impossible à trancher, tout au moins dans des délais et avec des moyens proportionnés.

À cet égard, deux cas très classiques sont fréquemment rencontrés :

- la facture de prestations avec matérialisation insuffisante voire inexistante (« rapport oral »...);

- les règlements en espèces allégués (en France et, plus souvent, à l'étranger).

Au civil, les experts judiciaires ne peuvent que questionner des sachants, qui n'ont aucune obligation légale de leur répondre, et le tout demeurera bien souvent au stade oral, ou d'affirmations écrites gratuites.

EXEMPLE

Citons le cas de paiements en espèces, sur plusieurs années, effectués possiblement voire probablement par une personne physique à des intervenants médicaux en Afrique du Nord, paiements qui se retrouvent dans un dossier lourd de réclamation de remboursements à une compagnie d'assurance française : du miel pour l'avocat de cette partie défenderesse.

■ ATTITUDE DE L'EXPERT JUDICIAIRE POUR VÉRIFIER L'AUTHENTICITÉ DES DOCUMENTS PRODUITS

Face au risque de production de documents falsifiés visant à l'escroquerie au jugement, jusqu'où doit aller l'expert judiciaire pour vérifier l'authenticité des documents produits ? Peut-il s'appuyer uniquement sur le principe du contradictoire ou doit-il avoir une attitude de scepticisme systématique ?

L'EXPERT DOIT S'APPUYER SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE...

Il est clair que l'expert-comptable de justice s'appuie sur le principe du contradictoire (voir partie 3 « Le principe de la contradiction et la hiérarchie des preuves »), qui lui est fort précieux : dans le cas des litiges avec les compagnies d'assurance, bien sûr, celles-ci exposeront de nombreux arguments visant à mettre en doute ou à souligner l'insuffisance et les lacunes des pièces produites par l'assuré.

Il en est de même en présence d'un co-contractant qui réfutera les pièces, les courriels... produits à l'expertise par son client ou son fournisseur avec lequel il est en litige.

... MAIS NE PAS ÊTRE SYSTÉMATIQUEMENT SCEPTIQUE

Toutefois, le scepticisme de l'expert n'est pas systématique : il doit rester en alerte, conclure pour le juge sur « le possiblement

vrai et le certainement faux » selon la fameuse formule d'André Comte-Sponville devant le CNCEJ (Conseil National des Compagnies des Experts de Justice) en 2008 à Bordeaux. Il avait également dit, ce qui s'applique sans doute plus à certaines expertises techniques qu'à l'expertise comptable, que... « le scepticisme, c'est reconnaître l'aspect douteux et partiel de ses connaissances ».

EN CAS DE DOUTE : RECOURIR À UN SAPITEUR

Enfin, si l'expert a un doute sérieux sur des éléments significatifs de l'expertise, il peut, et même doit, recourir à un sapiteur (voir partie 3 précitée).

EN PRATIQUE Le cas classique est le recours à un expert graphologue, pour des signatures, qu'elles soient de chèques ou de documents versés à l'expertise.

En définitive, si le doute persiste sur la véracité de certaines pièces, sous format « papier » ou numérique, et y compris après l'intervention d'un technicien, qu'il soit graphologue ou informaticien, l'expert décrira ces pièces dans son rapport, les annexera, et devra laisser l'appréciation finale au magistrat.

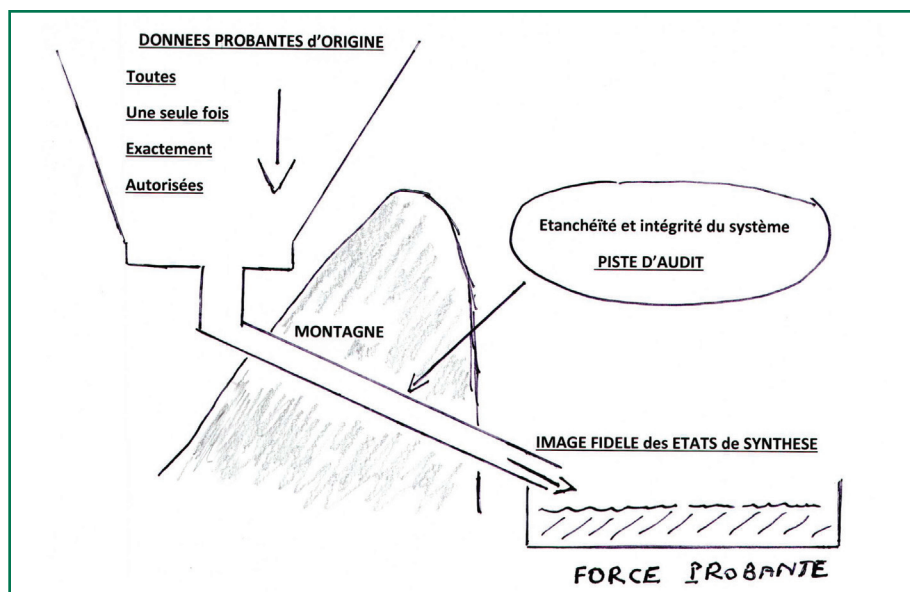
LA TRAÇABILITÉ OU PISTE D'AUDIT

La force probante des états de synthèse, autrement dit leur image fidèle, repose sur la certitude de l'intégrité du système, qui doit transmettre toutes les données comptables sources sans les altérer et sans omettre également de bien s'assurer de leur qualité et de leur adéquation appropriée.

■ LA PISTE D'AUDIT GARANTIT L'IMAGE FIDÈLE DES ÉTATS DE SYNTHÈSE

SCHÉMA RÉCAPITULATIF

Sur un tel sujet multiple et complexe à développer, nous avons retenu, plutôt que de longues explications, le schéma suivant.



L'idée de base de ce schéma est que ceux qui voient l'eau arriver dans le bassin derrière la montagne ne savent rien du bassin d'origine ; c'est leur certitude que toute l'eau utile est tombée dans l'entonnoir de l'autre côté de la montagne et que les tuyaux enterrés à travers la montagne sont étanches qui leur

permet d'affirmer que toute l'eau est bien dans le bassin d'arrivée.

Autrement dit, tout est dans la certitude de l'intégrité du système, qui, dans ses reprises et transformations successives vers la synthèse, doit tout transmettre sans



rien altérer (l'étanchéité des tuyaux dans la montagne), sans omettre aussi de bien s'assurer (et cela est trop souvent négligé voire oublié) de la qualité et de l'adéquation appropriée des données sources tombant dans l'entonnoir d'origine.

QU'EST-CE QUE LA PISTE D'AUDIT ?

Selon le code des assurances

En ce qui concerne l'information comprise dans les comptes annuels soumis ou à soumettre à l'assemblée générale, un ensemble de procédures internes, appelé piste d'audit, doit permettre (c. assur. art. A. 343-1) :

- de reconstituer dans un ordre chronologique les opérations ;
- de justifier toute information par une pièce d'origine à partir de laquelle il doit être possible de remonter par un cheminement ininterrompu au document de synthèse et réciproquement ;
- d'expliquer l'évolution des soldes d'un arrêté à l'autre par la conservation des mouvements ayant affecté les postes comptables.

Du point de vue fiscal

Au niveau fiscal, la piste d'audit (ou PAF pour piste d'audit fiable) doit permettre (BOFIP-TVA-DECLA-30-20-30-20-§ 130-07/02/2018) :

- de reconstituer, dans un ordre chronologique, la totalité du processus de facturation, depuis son origine (par exemple, le bon de commande) jusqu'au document « facture », c'est-à-dire de reconstituer le processus documenté (bons de commande, bons de livraison, extraits de compte...) d'une opération et de relier les différents documents de ce processus ;
- de garantir que la facture émise ou reçue reflète l'opération qui a eu lieu, en permettant d'établir un lien entre la facture et la livraison de biens ou la prestation de services qui la fonde ;
- de justifier toute opération par une pièce d'origine à partir de laquelle il doit être possible de remonter par un cheminement ininterrompu à la facture et réciproquement.

PRÉCISION La piste d'audit doit correspondre aux processus qui ont réellement eu lieu. Par exemple, le bon de commande doit correspondre à une commande effectivement

passée. Elle est considérée comme fiable lorsque l'administration peut établir le lien entre les pièces justificatives, et entre celles-ci et les opérations réalisées (BOFiP-TVA-DECLA-30-20-30-20-§ 150-07/02/2018).

Du point de vue comptable

Selon le plan comptable général (PCG), l'organisation du système de traitement permet de reconstituer, à partir des pièces justificatives appuyant les données entrées, les éléments des comptes, états et renseignements, soumis à la vérification, ou, à partir de ces comptes, états et renseignements, de retrouver ces données et les pièces justificatives (ANC, règl 2014-03, art. 911-3).

Chaque écriture s'appuie sur une pièce justificative datée, établie sur papier ou sur un support assurant la fiabilité, la conservation et la restitution en clair de son contenu pendant les délais requis (ANC, règl 2014-03, art. 922-2). Les opérations de même nature, réalisées en un même lieu et au cours d'une même journée, peuvent être récapitulées sur une pièce justificative unique. Les pièces justificatives sont classées dans un ordre défini dans la documentation prévue à l'article 911-2 décrivant les procédures et l'organisation comptables.

■ LE CONTRÔLE INTERNE PEUT-IL PERMETTRE D'APPRÉCIER LA FIABILITÉ D'UN DOCUMENT COMPTABLE ?

L'expert judiciaire peut-il se fonder sur le contrôle interne d'une entreprise partie à l'expertise pour apprécier la fiabilité d'une estimation ou d'un document comptable ou administratif produit par cette partie ?

Il est possible de répondre à cette question par un exemple : dans une expertise in futurum (CPC art. 145), le rapport de l'expert de justice n'est pas en soi à lui seul une source probante qui pourrait permettre de compléter l'insuffisance d'un dossier, il acte et donne foi à une source probante qu'il constate si elle existe.

En situation de données comptables des parties qui, en l'absence de toute piste d'audit, n'avaient aucune valeur probante et, au surplus, avaient un sous-jacent des sources à forte connotation d'illégalité, le rapport de l'expert doit, tout au contraire, éclairer voire mettre en garde le juge sur la situation technique constatée.

Autre situation fréquente également : les parties produisent des extraits sous format excel qui n'ont aucun lien à la source avec une piste d'audit sérieuse. La source peut être fiable et l'extrait ne pas l'être. Là encore, le rapport de l'expert ne doit pas donner valeur probante à ce qui n'en a pas mais éclairer le juge par un avis technique bien pesé et circonstancié.

PRÉCISION Une mesure d'instruction « in futurum » est, selon le code de procédure civile (CPC), une mesure qui peut être ordonnée par un juge, sur requête ou en référé, à la demande de tout intéressé qui dispose d'un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (CPC art. 145). En pratique, elle peut permettre à l'intéressé de faire établir une preuve avant même d'engager un procès, ou de la conserver lorsqu'il existe un risque que cette preuve dépérisse (voir RF Comptable 507, notre article « Expertise in futurum contre un CAC : zoom sur jurisprudence », septembre 2022).

LA PREUVE DANS UN MONDE NUMÉRIQUE

La preuve a pour but d'emporter la conviction du juge et l'expertise judiciaire est un mode de preuve. La preuve est fondamentale dans toutes les expertises judiciaires. Or, dans un monde dématérialisé, le volume des pièces est virtuellement illimité et certaines parties en profitent : elles inondent l'expert judiciaire de pièces sans, pour autant, communiquer les pièces pertinentes. Contrairement à une idée reçue dans le grand public, la notion de preuve ne relève pas d'une distinction entre le tout blanc et le tout noir, elle entre souvent dans une zone grise.

■ LA PREUVE NUMÉRIQUE : DE QUOI PARLE-T-ON ?

DÉFINITION

La preuve numérique est un élément relatif à une solution ou un artefact informatique quel(le) qu'il(elle) soit (voir RF Comptable 528, notre article « La preuve dans un monde numérique », juillet-août 2024). Il peut s'agir :

- d'un objet immatériel par essence : la donnée numérique ;
- du résultat d'une application ;
- du code de l'application assurant le traitement ;
- d'un élément de l'environnement de la solution (operating system/système d'exploitation, données ou paramètres fourni(e)s en entrée).

PRÉCISION Dans le domaine informatique, un artefact (au sens littéral, effet artificiel) computationnel est le résultat obtenu par l'homme par l'usage d'outils ou de principes reliés aux domaines de l'informatique, du multimédia ou de la pensée computationnelle

(programme, script, microprocesseur, image, jeu, vidéo, page Web...).

En génie logiciel et plus particulièrement en UML (Unified Modeling Language ou, en français, Langage de Modélisation Unifié), un artefact est un élément produit lors du processus de développement du logiciel (modèle de données, prototype, diagramme de flux de travail, document de conception ou script de configuration...).

UTILISATION EN MATIÈRE JUDICIAIRE

Les éléments issus de la solution informatique sont susceptibles d'éclairer sur les faits litigieux ou les circonstances de commission d'une infraction (au pénal). À ce titre, ils constituent des preuves/ témoignages.

Le comportement de la solution fait lui-même l'objet du litige (au civil).



REPÈRES

En matière civile

Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention (CPC art. 9 ; voir partie 1 « La preuve par tous moyens »).

S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé (CPC art. 145). De nombreuses expertises judiciaires sont ordonnées en application de cet article, et la notion de preuve se situe au cœur de cette mesure d'instruction, qui peut permettre d'éviter le dépérissement des preuves et, par exemple, de démontrer le quantum d'un préjudice économique.

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (c. civ. art. 1353).

Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen (c. civ. art. 1358).

À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi (c. com. art. L. 110-3).

En matière pénale

Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui (CPP art. 427).

A NOTER Plusieurs des observations sont dérivées de la criminalistique numérique (au pénal) - dont l'orateur n'est pas un praticien, seulement un observateur. À mêmes causes, mêmes effets : il faut donc s'attendre, au civil, à l'apparition de problématiques voisines de celles qui surviennent au pénal.

■ COMMENT CAPTURER LA PREUVE NUMÉRIQUE ?

CONTEXTE : CROISSANCE EXPONENTIELLE DES SUPPORTS HÉBERGEANT LES OBJETS NUMÉRIQUES

La numérisation de la vie quotidienne comme de la vie économique, soutenue par l'apparition incessante de nouvelles technologies, continue à se développer. Nous assistons, en effet, à la 3^e révolution industrielle, via une croissance exponentielle en nombre, en variété et en dispersion des supports hébergeant les objets numériques.

Hier, nous utilisons des « salles machine » avec des serveurs informatiques, des ordinateurs et des téléphones. Aujourd'hui, les tablettes, GPS, montres, véhicules autonomes (dans une moindre mesure), robots ménagers et de cuisine et réfrigérateurs font partie de notre quotidien. Demain, nous parlerons de plus en plus, en termes de process industriels, d'objets connectés (Internet des objets, en français ; Internet of things/IoT, en anglais) et, en matière de crypto-monnaies, de ledger (bitcoins-wallet ou, en français, portefeuille de bitcoins). Après-demain, nous nous servirons d'informatique quantique (intrication de qubits ; voir nos précisions ci-après) et de réseaux de neurones/d'informatique optique (photons versus électrons).

PRÉCISION En informatique quantique, le qubit est l'équivalent du bit pour l'informatique classique, sauf qu'il possède deux états de

base et utilise les phénomènes mécaniques quantiques de superposition pour obtenir une combinaison linéaire de ces deux états (alors qu'un bit classique est numérique - et binaire - et a toujours pour valeur soit 0, soit 1).

Par ailleurs, nous constatons une diversité de la nature des objets numériques (données structurées, classées en champs prédéfinis, et non structurées - photos, vidéos/audios, mesures... -) et des formats.

LA NÉCESSITÉ D'UN SUPPORT

Un objet immatériel n'a de consistance qu'au travers d'un support (écrit, sur papier).

Le capturer supposera de détenir le support ou une copie authentique du support : original ou copie certifiée.

L'ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE REND LA CAPTURE DE LA PREUVE NUMÉRIQUE COMPLEXE

Du fait de l'évolution technologique, les infrastructures informatiques sont elles-mêmes dématérialisées. En effet :

- les supports du support ne sont plus accessibles à leurs usagers ;
- les infrastructures sont hébergées dans le cloud : PaaS (Platform as a service), VDI (poste de travail virtualisé) ;
- les solutions « Internet » affichent de nouvelles architectures : IaaS (Infrastructure as a Service), SaaS (Software as a Service).

RAPPELS

La Platform as a Service (PaaS), ou plateforme en tant que service, dans la langue de Molière, est un environnement de développement et de déploiement complet dans le cloud, principalement destiné aux développeurs ou aux entreprises de développement, où l'entité cliente (développeur ou entreprise) maintient les applications proprement dites et où le fournisseur de services cloud maintient la plateforme d'exécution de ces applications (matériel du ou des serveurs, logiciels de base et infrastructure).

L'Infrastructure as a Service (IaaS), ou infrastructure en tant que service, est un modèle de cloud computing destiné aux entreprises, où l'entreprise gère le middleware (logiciel agissant comme une passerelle entre les autres applications, outils et bases de données pour offrir aux utilisateurs des services unifiés) des serveurs, et surtout

les logiciels applicatifs et où le fournisseur cloud gère le matériel serveur, les couches de virtualisation, le stockage, les réseaux. Cela évite aux entreprises d'avoir à effectuer des achats, ainsi qu'à configurer ou gérer les infrastructures elles-mêmes.

Le Software as a Service (SaaS), ou logiciel en tant que service, est un modèle d'exploitation commerciale des logiciels dans lequel ceux-ci sont installés sur des serveurs distants plutôt que sur la machine de l'utilisateur.

Par ailleurs, il existe des obstacles juridiques ou réglementaires à la capture de la preuve numérique :

- les législations nationales protégeant les droits des justiciables (le RGPD par exemple) ;
- la souveraineté numérique (Safe Harbour / Privacy shield ; voir ci-après) ;
- les restrictions de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) relatives à l'accès aux outils d'investigation numérique par les experts judiciaires (voir ci-après).

PRÉCISIONS 1. Souveraineté numérique.

L'arrêt Schrems de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'octobre 2015 a invalidé la décision de la Commission européenne de l'année 2000 relative à la « pertinence » du régime du « Safe Harbour » permettant le transfert de données à des fins commerciales de l'Union européenne/UE vers les États-Unis car celle-ci ne contenait aucune conclusion sur l'existence aux États-Unis de lois et de pratiques limitant les ingérences dans le droit à la vie privée et la protection des données, ni sur l'existence d'un recours juridictionnel efficace pour les citoyens. La Commission européenne a négocié un nouvel arrangement, appelé « bouclier de protection des données » (Privacy Shield), et ce

nouveau cadre de transfert des données UE - États-Unis a été adopté en juillet 2016. Mais la CJUE a rendu, le 16 juillet 2020, un arrêt majeur, dit « Schrems II », invalidant ce régime.

2. Restrictions de l'ANSSI. Les investigations numériques peuvent nécessiter le recours à des dispositifs techniques qui présentent des potentialités d'atteinte au droit au respect de la vie privée. C'est la raison pour laquelle la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente d'appareils ou de dispositifs techniques de nature à permettre la réalisation de certaines opérations, à l'instar de l'enregistrement de conversations à distance à l'insu des personnes concernées ou la captation informatique de données, sont strictement encadrées et soumises à autorisation, sous peine des sanctions prévues à l'article 226-3 du code pénal. L'ANSSI assure un contrôle des demandes d'autorisation qui lui sont formulées et y fait droit, le cas échéant, notamment en tenant compte de l'activité d'expertise judiciaire des demandeurs, et le ministère de la Justice, représenté au sein de la commission conseillant le directeur de l'ANSSI instituée à l'article R. 226-2 du code pénal, est attentif à l'équilibre devant être trouvé dans ce cadre (Assemblée nationale, rép. Juvin n° 11810, publiée au Journal officiel le 26 mars 2024).

■ LES OBSTACLES À L'ADMINISTRATION INCONTESTABLE DE LA PREUVE NUMÉRIQUE

LES OBSTACLES LOGICIELS À L'ACCÈS AUX DONNÉES

Les obstacles logiciels à l'accès aux données sont les suivants :

- la lisibilité des données structurées : modèle des données / codes d'accès / cryptage ;
- les coûts liés aux volumes et à la masse des données (Big Data) : matériels d'extraction et de sauvegarde ;

- l'obsolescence accélérée du contexte logiciel qui était présent lors de la création des données, les coûts éventuels de reconstitution de ce contexte initial ;
- les outils requis pour traiter les données non structurées : photos, images, audios ;
- les coûts et le délai de disponibilité d'outils d'analyse forensique (relatif à une méthode scientifique utilisée pour éclairer

les circonstances d'une affaire judiciaire) des infrastructures nouvellement apparues.

LA FALSIFIABILITÉ ET L'ALTÉRABILITÉ

La falsifiabilité et l'altérabilité de la preuve numérique représentent également des obstacles à son administration incontestable. Afin d'éviter ou, du moins, d'atténuer ces risques, les **solutions suivantes** existent :

- *séquestrer* la preuve auprès d'un tiers de confiance (huissier, scellés au pénal) ;
- assurer la cohérence des méta-données, utiliser la *blockchain* ou les créations digitales (Non Fungible Token/NFT ou, en français, jeton non fongible).

EN PRATIQUE Depuis le décret du 24 décembre 2018, le Dispositif d'Enregistrement Électronique Partagé (DEEP) (autrement dit, la *blockchain*), est considéré par le législateur comme une preuve légale puisqu'il peut être fourni comme mode de preuve en cas de litige. Toutefois, la force probante de la preuve « *blockchain* » est aujourd'hui incertaine. En effet, les données issues de la blockchain sont certifiées grâce au protocole et au système de fonctionnement de cette dernière mais, n'étant

pas certifiées par un officier public compétent, elles constituent des preuves imparfaites : leur force probante est donc laissée à l'appréciation souveraine des juges.

Quant au NET, également prisé comme moyen de preuve, au même titre que la *blockchain* puisqu'il est inscrit dans celle-ci, il n'est, à ce jour, pas reconnu comme tel en France.

Enfin, une attention particulière doit être portée lors de l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) « générative ». La question à se poser est la suivante : contribue-t-elle, ou non, à fabriquer de fausses preuves ?

LES RISQUES DE BIAIS CRÉÉS PAR L'UTILISATION D'OUTILS DU MARCHÉ POUR L'INVESTIGATION NUMÉRIQUE

L'utilisation d'outils du marché pour l'investigation numérique peut générer des risques de biais, consistant en une altération involontaire ou une mauvaise interprétation due à :

- un opérateur insuffisamment formé ;
- une erreur (bug) de l'outil.

EXEMPLE

Aux États-Unis, certains tribunaux ont remis en question des rapports d'investigation numérique pour absence de validité scientifique démontrable (Paul Reedy, article « The risks for digital evidence », Elsevier, 2021 ; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7564114/>).

Pour y remédier, de bonnes pratiques telles que celles émises par le National Institute of Standards and Technology (NIST) et son Digital Evidence Subcommittee (sous-comité des preuves numériques) peuvent être mises en place.

PRÉCISION Le National Institute of Standards and Technology (en français, l'Institut national

des normes et de la technologie) est une agence qui fait partie du ministère américain du commerce. Son but est de promouvoir l'innovation et la compétitivité industrielle des États-Unis en faisant progresser la science, les normes et la technologie. Le sous-comité des preuves numériques du NIST se concentre, quant à lui, sur les normes et lignes directrices liées aux informations à valeur probante stockées ou transmises sous forme binaire.

■ LES CONSÉQUENCES SUR L'EXPERTISE

EN MATIÈRE CIVILE / ADMINISTRATIVE

Les conséquences de la numérisation croissante de la vie quotidienne comme de la vie économique sur l'expertise civile sont de trois ordres.

Extension de nouveaux contentieux

De nouveaux contentieux apparaissent, dus :

- aux conséquences civiles de cyber-attaques (conséquences de rançongiciels/ ransomwares) ;
- au piratage de données en contexte incertain (Dark-Web).

Coûts associés à la charge de la preuve

Les coûts associés à la charge de la preuve sont de plus en plus élevés, en raison de l'augmentation :

- du temps d'étude lié à l'accroissement de la volumétrie et de la complexité des preuves numériques ;
- du coût de l'outillage requis (sauvegarde, analyse, laboratoires) ;
- des contestations des parties.

Nécessaires spécialisation des intervenants et coopération avec les commissaires de justice

Enfin, il est indispensable de faire intervenir des spécialistes et de coopérer avec les

commissaires de justice (lors de l'élaboration des constats, par exemple) :

- afin de garantir la lisibilité des constats par le juge et par les parties ;
- du fait de l'évolution accélérée des technologies ;
- en raison de l'adaptation des moyens à mettre en œuvre.

EN MATIÈRE PÉNALE

S'agissant de l'expertise pénale, les conséquences de la numérisation sont les suivantes :

- une nécessaire spécialisation des intervenants ;
- une coopération en amont essentielle des acteurs de l'enquête judiciaire ;
- une croissance du coût de la dépense publique ;
- une augmentation des délais d'instruction ;
- une lutte plus importante contre l'augmentation de la criminalité organisée, notamment via la coopération (judiciaire) transfrontalière.

LA PREUVE EN CAS DE PERTE DE CHANCE

La perte de chance est souvent la « voiture balai » des préjudices invoqués, juste avant le préjudice moral et l'article 700 du code de procédure civile ! Les demandeurs imaginent qu'il convient de l'affirmer sans la démontrer. Pourtant, il ne faut pas confondre perte de chance et incertitude sur la réalité du préjudice, du lien de causalité ou du niveau du gain manqué.

■ PRINCIPES RÉGISSANT LA PERTE DE CHANCE

Pour donner lieu à réparation, un préjudice doit être justifié. Il doit correspondre exclusivement au préjudice subi dont la preuve doit être apportée. La perte de chance ne peut déroger à ce principe.

La perte de chance désigne la privation d'une probabilité de survenance d'un événement favorable, ou la non-survenance d'un événement défavorable, dont aurait pu

bénéficier la personne qui en est victime. Cette définition met en avant la distinction entre potentiel et possible :

- potentiel : éventualité découlant d'un état reconnu et donc démontré → perte de chance ;
- possible : possibilité universelle → pas de perte de chance.

■ DÉMONTRER UNE PERTE DE CHANCE : LA DÉMARCHÉ À SUIVRE

En pratique, pour démontrer une perte de chance, il n'y a pas une mais **trois preuves à apporter successivement**. Reprenons pas à pas la démarche d'évaluation de la perte de chance telle qu'elle figure dans la fiche 4 de la cour d'appel de Paris (<https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2024-01/FICHE%20n%C2%B04%20-%20perte%20de%20chance.pdf>).

ÉTAPE 1 : IDENTIFIER LE LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LE FAIT GÉNÉRATEUR ET LE PRÉJUDICE

Le rapport de l'expert éclaire le juge sur les éléments économiques qui confirment ou infirment la réalité du lien de causalité, altéré par le caractère aléatoire, que les parties ont dû démontrer (demanderesse)

ou réfuter (défenderesse). La preuve du lien de causalité doit être apportée.

Ainsi, la perte de chance ne s'oppose pas à la démonstration du caractère certain du lien de causalité car la perte d'éventualité doit être certaine, c'est la réalisation de l'occurrence favorable qui ne l'est pas.

ÉTAPE 2 : DÉFINIR LA VALEUR DU SOUS-JACENT (GAIN MANQUÉ OU PERTE ÉVITÉE)

De nouveau, il faut apporter la preuve du quantum du gain manqué ou de la perte évitée. Des éléments factuels doivent, ainsi, fonder les calculs.

Cette preuve n'exclut pas l'intégration de risques ou d'hypothèses dans les calculs,



pour autant qu'ils soient parfaitement étayés et justifiés.

ÉTAPE 3 : DÉTERMINER LA PROBABILITÉ D'OCCURRENCE DU SOUS-JACENT

Il s'agit, ici, de déterminer la probabilité d'occurrence (spécificité du préjudice de perte de chance) qui viendra affecter la valeur du sous-jacent.

RAPPEL

La perte de chance est la valeur du sous-jacent multiplié par la probabilité d'occurrence.

La notion de probabilité d'occurrence, qui doit être parfaitement démontrée, n'est pas antinomique de la notion de preuve.

La probabilité d'occurrence est le résultat d'une analyse et non un montant « estimé » ou « forfaitaire ». L'expert doit justifier et documenter la démarche qu'il a suivie pour

quantifier la probabilité d'occurrence ; c'est le fondement même de son rapport. À cet effet, il examine et met en œuvre une méthodologie adaptée à la nature de la chance perdue, selon des approches qui sont parfaitement détaillées et exposées dans la brochure relative à l'évaluation du préjudice de perte de chance publiée par la Compagnie nationale des experts-comptables de justice (CNECJ) :

- méthodes quantitatives (analyses statistiques, études empiriques ou situations comparables, analyses économétriques, approche par des scénarii, évaluations optionnelles) ;
- méthodes qualitatives ;
- méthodes mixtes.

Il faut donc apporter la preuve que la probabilité d'occurrence n'est pas nulle pour que le préjudice de perte de chance existe.

EN PRATIQUE On constate que, en matière de perte de chance, l'absence de preuve provient souvent d'une démarche qui ne respecte par ces trois étapes, ou d'une probabilité d'occurrence qui est affirmée sans être démontrée.

■ LIEN ENTRE LES CONCEPTS DE PREUVE ET DE PERTE DE CHANCE

Comment l'expert judiciaire peut-il expliquer pédagogiquement dans son rapport le lien entre le concept de preuve et celui de

perte de chance qui est consubstantiel à la prévision et à la probabilité, notamment dans les cas où le champ des possibles est vaste ?

Comme mentionné ci-avant, la quantification d'une perte de chance suit un cheminement précis. L'expert explique les méthodes retenues et celles écartées au regard des caractéristiques de la chance perdue. Dans

une seconde étape, il décrit de manière détaillée la méthodologie de calcul suivie pour chacune des méthodes et documente les sources qu'il a utilisées pour calculer la probabilité d'occurrence.

EXEMPLE

Dans le cas de la possibilité de réussite d'une start-up, la probabilité d'occurrence est la probabilité de réussite de la start-up. Elle peut être déterminée à l'aide de modèles mathématiques en :

- examinant des scénarii possibles d'évolution de la société et en probabilisant chacun d'eux ;
- ayant recours à des modèles optionnels ;
- utilisant des analyses statistiques.

Au cas particulier, la combinaison d'approches différentes, dont les résultats seraient comparés, permettrait de retenir la probabilité d'occurrence s'inscrivant dans la fourchette commune des résultats des différentes méthodes.