

b) Responsabilité contractuelle

- Non-respect ou défaillance d'exécution (ex : sous-traitance),
- fusions - acquisitions,
- mandats de gestion,
- fixation judiciaire du prix d'un titre (art. 1592 du Code civil).

2. Ces différents domaines du droit économique débouchent sur différents types de préjudice qui requièrent de l'expert de l'économie des compétences multiples.

Le préjudice correspond à la différence existant entre la situation effective préjudiciable et la situation normale. On peut distinguer, dans chacun des domaines listés précédemment, les principaux types d'expertise suivants :

a) Dans le domaine délictuel

En matière délictuelle, la situation normale correspond à la non réalisation de l'événement préjudiciable (réparation par restitution).

Les litiges économiques relatifs aux fonctionnements des marchés sont initiés et instruits par des autorités administratives indépendantes (Conseil de la concurrence, COB ou CMF). L'évaluation des préjudices privés qu'il faut distinguer des dommages à l'économie relève d'une action spécifique devant le juge, éventuellement directement devant la cour d'appel de Paris, instance d'appel des autorités administratives indépendantes citées ci-dessus, et peut impliquer dans certains cas le recours à l'expert judiciaire. L'instruction effectuée par les autorités administratives permet de qualifier les faits litigieux et par la même la faute mais ses conséquences en terme de préjudice privé devront être analysées séparément.

- Concernant le droit des marchés financiers, on distingue principalement, les types d'expertises suivants :
 - évaluation de préjudice résultant de manipulations de cours, d'informations trompeuses, d'utilisation d'informations privilégiées...
 - expertise indépendante : notamment en cas d'offre publique de retrait obligatoire (OPRO) pour la détermination du prix équitable.

• Concernant le droit de la concurrence, l'expert judiciaire évalue le plus souvent, un préjudice privé résultant de comportements délictuels caractérisés, mais il peut aussi intervenir à la demande du Conseil de la concurrence (depuis la loi NRE) et de la cour d'appel de Paris en cas de contestation d'une décision du Conseil de la Concurrence dans les domaines suivants :

- *Abus de position dominante* : les missions de l'expert de l'économie consisteront par exemple à définir le marché pertinent (analyse de la substitutabilité des produits), à caractériser la concurrence praticable, à caractériser le prix acceptable dans le cas des infrastructures essentielles.
- *Ententes et restrictions de concurrence* : L'expert devra déterminer son impact sur les prix et les quantités et les effets pour les entreprises évincées. En cas de boycott, il devra déterminer l'impact de l'exclusion pour l'entreprise qui en est victime.

■ LE RÔLE DE L'EXPERT ÉCONOMIQUE

par Maurice NUSSENBAUM

HEC, Agrégé des Facultés de droit et de sciences économiques

Professeur à l'Université de Paris IX Dauphine

Expert financier près la cour d'appel de Paris

Expert agréé par la Cour de cassation

Introduction

On attend de l'expert économique qu'il soit un expert de l'économie. Est-il possible de couvrir un champ aussi vaste ? De fait, il doit intervenir dans les différents domaines tels qu'ils sont définis par le droit économique (1). Son rôle est d'analyser les faits et de permettre au juge de caractériser juridiquement des situations répréhensibles pouvant aboutir à des types de préjudices différents. Ces analyses font appel à plusieurs disciplines complémentaires qui vont de l'analyse économique aux sciences de gestion (2). Dans les domaines plus spécifiques des droits des marchés qu'il s'agisse de la concurrence ou des marchés financiers, il doit analyser des dysfonctionnements et leurs conséquences tant en terme de dommages à l'économie que de préjudices privés subis par les victimes. Pour pouvoir apporter des réponses utiles, l'expert doit se référer à des normes économiques définissant les critères de bon fonctionnement des marchés dont les principes sont à la fois définis par l'analyse économique et validés par le droit (3).

1. L'expert de l'économie traite de problèmes multiples qui relèvent de différents domaines du droit économique

L'expert de l'économie peut être sollicité dans le cadre de la mise en jeu d'une responsabilité quasi-délictuelle, délictuelle ou contractuelle dans les principaux domaines du droit économique suivants :

a) Responsabilité quasi-délictuelle ou délictuelle

- marchés financiers : juste prix et égalité devant l'information,
- concurrence : droit de la concurrence et concurrence déloyale,
- procédures collectives et fautes de gestion,
- actes anormaux de gestion,
- propriété intellectuelle : contrefaçon (marques et brevets).

– *Concurrence déloyale et propriété intellectuelle* : l'expert doit définir les préjudices qui en résultent qu'il s'agisse de désordres causés à l'offre, à la demande ou d'agissements parasitaires. Cette analyse est souvent proche de celle des effets de la contrefaçon qu'il s'agisse de marques ou de brevets.

• Concernant les procédures collectives, l'expert doit analyser les faits permettant de caractériser : un état de cessation des paiements, une situation irrémédiablement compromise, des fautes de gestion, un soutien abusif ou une rupture abusive des crédits, les diligences des auditeurs.

• Concernant les actes anormaux de gestion : l'expert doit analyser les faits qui permettent au juge de les caractériser, notamment dans le contexte de la « corporate governance ».

b) Dans le domaine contractuel

En matière contractuelle, la situation normale correspond à l'attente légitime et prévisible résultant de la réalisation du contrat (réparation de l'attendu). Les préjudices et les expertises recouvrent des domaines divers, citons notamment :

• Le cas des fusions acquisitions où se posent régulièrement des problèmes de garantie de passif et d'ajustements post closing, les calculs de covenants, la contestation sur l'application des clauses de complément de prix (earn out).

• Les mandats de gestion, notamment en matière boursière où l'expert doit rassembler les éléments permettant de caractériser la bonne ou mauvaise exécution du contrat.

• La fixation des prix de titres, où l'expert est investi de la mission de déterminer le prix des titres suivant l'article 1592 du Code civil.

• La rupture des contrats de sous-traitance ou de concession où l'expert doit déterminer les préjudices indemnissables.

c) Ces différents domaines requièrent des compétences complémentaires

Les expertises économiques s'appuient sur des disciplines qui chacune permettent d'éclairer une facette des problèmes soulevés :

• **Comptabilité** : compréhension des systèmes d'information comptable, analyse des coûts, diagnostic comptable des conséquences.

• **Finance** : analyse des marchés financiers, analyse des comportements et des produits bancaires, évaluation de titres et de sociétés et ingénierie financière.

• **Analyse économique** : modélisation économique des marchés, analyse des marchés pertinents, analyse économique des situations de concurrence

• **Gestion d'entreprise** : analyse des politiques et stratégies d'entreprise au plan du marketing et de la production ainsi que de leurs conséquences.

Ces disciplines sont utilisées de manière complémentaire pour l'analyse des préjudices puisqu'il s'agit, comme nous l'avons précédemment rappelé, de définir la différence existant entre la situation effective préjudiciable et la situation normale. Elles impliquent la mise en œuvre d'une vision prospective et l'application à la fois pour le passé et le futur d'une norme économique afin de déterminer cette différence.

Il est fréquent que ces expertises soulèvent, surtout en matière de concurrence des problèmes de secret des affaires de manière au moins aussi aiguë que dans les affaires plus classiques. Ces problèmes conduisent à des recours fréquents devant le juge pour trancher les difficultés de procédure.

Mais par-dessus tout, leur caractéristique essentielle, puisqu'elles relèvent d'une vision normative du fonctionnement des marchés, est de poser le problème de la définition conjointe par le juge et l'expert de l'état dans lequel aurait du se trouver la victime si le marché avait fonctionné normalement sachant que cette définition de la normalité s'appuie à la fois sur le droit et l'analyse économique.

3. La spécificité des droits des marchés qu'il s'agisse des marchés financiers ou de concurrence, est de s'appuyer sur des normes économiques correspondant au bon fonctionnement des marchés et de définir les dysfonctionnements qui appellent des sanctions

Les droits des marchés sont des domaines de fortes interpénétrations des sphères juridiques et économiques. En effet, le juge doit, pour caractériser les dysfonctionnements, intégrer les résultats des analyses économiques.

Il existe un certain recouvrement entre le rôle des autorités de régulation qui se prononcent sur des sanctions résultant des dommages causés à l'économie et le rôle du juge qui à la fois les contrôle et est amené à se prononcer sur les préjudices privés générés par ces dysfonctionnements et pour lesquels ces autorités ne se prononcent pas nécessairement.

Il revient, de ce fait, spécifiquement au juge de définir le champ de réparation du dommage privé dans le domaine de l'économie.

Mais au préalable, le juge doit délimiter la frontière entre les comportements acceptables et répréhensibles et pour cela avaliser la définition de normes :

– il caractérise la nature des préjudices, pertes subies, manque à gagner passé ou futur, pertes de chance,

– il demande à l'expert d'évaluer les dommages qui en résultent et se trouve là en interaction avec lui car pour définir avec précision la mission pertinente, il lui faut déjà avoir une vision assez précise des dommages invoqués¹.

Cette intervention porte sur le rôle respectif du juge et de l'expert pour la définition des normes économiques de référence. Celles-ci vont permettre de caractériser la nature et l'étendue des réparations résultant d'une situation préjudiciable (1). Cette définition relève de l'*imperium* du juge mais il peut être aidé par l'expert dès lors que ce dernier peut lui indiquer ce que sont les pratiques professionnelles et l'état de l'art dans les différents domaines de l'économie (II).

1. Pour employer une approche imagée, le juge doit donner à l'expert les clés de l'enquête pour lui permettre d'y entrer mais la plupart du temps, il faut au préalable avoir labouré le champ pour en trouver les clés.

I L'expert ne doit pas trancher à la place du juge sur la nature et l'étendue des réparations

Dans le domaine des marchés, on quitte la sphère des missions classiques du juge et par là-même des expertises classiques.

On n'est plus dans le domaine classique des contrats ou de la prévention mais dans celui de la réglementation et du rôle des autorités de régulation régies par une législation évolutive.

Le juge ne peut pas, comme dans les domaines classiques, s'adresser à un expert en limitant son intervention à une mission descriptive pour qu'il analyse des faits bruts caractérisés tels que des coûts subis ou des marges perdues.

L'expert doit dire ce qui se serait passé dans le contexte normatif défini par le juge, en application de la réglementation économique.

Si le juge ne procède pas à l'analyse préalable approfondie du contexte, il risque de transférer sur l'expert la définition de la norme à appliquer ce qui conduira ce dernier à décider à la place du juge.

En même temps, si l'expert est trop dépendant du juge, il risque d'être guidé par lui pour définir les conséquences d'une norme dont l'analyse relève des outils qui lui sont propres.

On va, afin d'éclairer ce débat, examiner deux exemples d'analyse de préjudice, le premier relevant du droit de la concurrence, le second du droit des marchés financiers.

Le premier exemple est un cas d'évaluation de préjudice privé résultant d'un abus de position dominante par un leader du marché.

I. Mors/Labinal (CA 1^{re} chambre, section A, 19 mai 1993 et 30 septembre 1998)

1.1. Les faits et la qualification des fautes

Les sociétés Mors et Westland s'étaient rapprochées pour répondre à un appel d'offre lancé par British Aerospace (BAE) en juillet 1988 pour équiper les Airbus A 330/340 de systèmes de mesure de pression des pneus (TPIS).

Leur candidature a été retenue. Labinal détenait ce marché pour Boeing et était mécontente d'avoir été écartée du marché d'Airbus. Elle a obtenu dans un deuxième temps son référencement par BAE. Pendant ce temps, Westland a ralenti les discussions en cours avec BAE. Elle a mis en œuvre une politique de rabais de fidélité pour obtenir les marchés auprès de compagnies aériennes leaders.

Le tribunal de commerce et la cour d'appel, respectivement le 3 juin 1991 et le 19 mai 1993 ont reconnu de ce fait l'abus d'une position dominante de la part de Labinal qui en plus des rabais avait proposé d'aligner systématiquement ses prix sur son concurrent Mors, comportement condamnable dès lors qu'il émane d'une entreprise en position dominante.

1.2. La mission d'expertise

Le jugement avait ordonné une mesure d'instruction « afin d'avoir connaissance des coûts de recherche et développement relatifs à la mise au point du TPIS A 330/340... pour le cas où il s'avèrerait que les manœuvres dont la société Mors a été victime lui ferait perdre sa quote part du marché de l'option standard sans compensation pour Mors du montant de ses coûts non récurrents ».

Ce faisant, le jugement limitait l'indemnisation potentielle aux seuls coûts subis.

La cour ayant reconnu que le préjudice allait au-delà du seul retard apporté à la signature du contrat avec BAE par l'abstention du partenaire Westland (entre le début de l'année 1991 et la fin du mois d'août 1991) et qu'il fallait y ajouter l'impact des pratiques tarifaires abusives commises par Labinal, a de ce fait redéfini la mission sur les deux points : effets du retard et effets des pratiques tarifaires abusives interdites mises en œuvre par la société Labinal.

Ces dernières comprenaient :

a) les avantages, primes et remises sur les équipements annexes aux TPIS mais liées à la vente de ces systèmes,

b) le fait pour Labinal de se référer aux prix de Mors/Westland pour définir ses propres prix.

De manière plus précise, le demandeur Mors invoquait différentes catégories de préjudices :

1 - surcoûts dans les études résultant du retard dans les négociations,
2 - perte subie sur le marché des TPIS en première monte et sur les pièces de rechange,

3 - perte de clientèle sur le marché d'autres actions,

4 - perte de chance de maintenir en l'état l'usine du Blanc Mesnil où le TPIS était fabriqué.

1.3. L'évaluation des dommages par la cour d'appel

La cour d'appel dans sa décision du 30 septembre 1998 a déterminé le préjudice à partir du rapport de l'expert, assisté d'un sapiteur.

Elle a écarté la prise en compte des surcoûts pour absence de lien direct (point (a) ci-dessus).

Concernant les pertes subies sur les marchés des TPIS, compte tenu de l'opposition des parties pour définir une hypothèse de référence, les experts ont dû définir pour la cour les différentes hypothèses correspondant à une extension plus ou moins grande des pertes.

1.3.1. L'éventail des hypothèses de référence pour définir le préjudice

Ces hypothèses portaient des effets des pratiques tarifaires condamnées sur les seules offres faisant apparaître l'une des pratiques tarifaires interdites comme le soutenait le défendeur pour aller jusqu'à la perte de chance sur la part de marché que Mors pouvait escompter.

Le choix de l'hypothèse pertinente et donc de l'extension admissible du préjudice ne peut être tranché par l'expert qui doit restituer au juge les différentes

options du débat en évitant de décider lui-même ce qui sous couvert de fait relève du droit.

Le rapport d'expertise présentait 4 options pour définir le préjudice résultant des pratiques tarifaires répréhensibles de Labinal :

H1 : Les commandes fermes des seules compagnies pour lesquelles les pratiques tarifaires visées avaient été constatées,

H2 : H1 + les options dont ces compagnies ont fait part à Airbus,

H3 : H 2 + le potentiel d'achat des compagnies concernées,

H4 : la perte de marché que Mors pouvait espérer compte tenu de son statut de première source (1^{re} à être référencée),

H5 : Cette hypothèse ajoutait à la précédente la part de marché que Mors aurait pu obtenir sur d'autres avions en dehors d'Airbus du fait de la réputation de spécialiste qu'elle aurait acquise (marchés adjacents).

Le rapport d'expertise indiquera que le lien entre la présence sur le marché des Airbus et celle potentielle sur d'autres avions n'est pas établie mais ne tranchera pas le choix entre les hypothèses H2 à H4 tout en précisant que l'hypothèse H4 qui prend en compte la perte de part de marché potentielle est celle qui traduit le mieux au plan économique l'impact sur le marché des TPIS des Airbus A 330 / A 340 des pratiques tarifaires illicites de Labinal.

L'ampleur quantitative des dommages était très différente selon l'hypothèse retenue et s'étendait entre H1 et H4 sur une échelle de 1 à 3.

La cour aura à se prononcer sur la nature du dommage : coûts subis du fait des surcoûts, manque à gagner du fait des détournements avérés de certains clients ou perte de chance sur un marché global.

Ce choix de nature juridique ne peut être effectué par l'expert seul, mais la question peut difficilement être posée de manière précise par le juge au stade de la mission d'expertise sans qu'il n'ait au préalable une connaissance détaillée des faits.

Il ne peut de ce fait intervenir qu'en cours d'expertise ce qui soulève des problèmes procéduraux liés à la mise en œuvre du contradictoire soit après le dépôt du rapport d'expertise à condition que celui-ci présente bien les différentes hypothèses de chiffrage du quantum.

1.3.2. Le choix de la cour d'appel concernant le contenu de la perte de chance de MORS

En l'espèce, la cour va retenir une acceptation large du préjudice en considérant que : « les agissements de Labinal ont fait perdre à Mors une chance très sérieuse de faire admettre sa technologie nouvelle et performante tant auprès des compagnies Air France, Lufthansa et UTA, compagnies de lancement pour le A 340... qu'auprès des autres compagnies... (ce qui correspond à l'hypothèse H1)... que cette perte de chance doit dès lors être calculée sur l'ensemble du marché potentiel des A 330 / 340 » (ce qui correspond à l'hypothèse H4 la plus large).

Cette perte de chance doit s'évaluer en analysant d'une part le marché potentiel des TPIS et d'autre part la part de marché que Mors était susceptible d'obtenir en sa qualité de fournisseur de première source.

Cette part de marché était estimée dans le rapport entre un minimum égal à celle du concurrent Labinal et un maximum de 70 %.

La cour considérera « que cette approche, fondée sur une analyse technique et économique du marché, emporte la conviction ».

1.3.3. Les demandes écartées

Pour autant, la cour se limitera à une application stricte du lien direct car concernant l'hypothèse H5, relative aux marchés adjacents, elle retiendra plusieurs éléments de fait permettant d'écarter le lien entre les pratiques anticoncurrentielles et le fait que Mors ne se soit pas implantée sur le marché d'autres avions.

La cour observera notamment :

a) que Mors n'a pas été retenue dans un appel d'offre pour l'équipement des Boeing B777 au profit de Labinal,

b) que Mors est appelé avec Labinal à soumissionner à l'appel d'offre pour le nouveau TPIS devant équiper le nouvel avion A 340 -500/600.

De ce fait, la demande de Mors concernant les marchés adjacents sera rejetée.

Elle conclura de ce fait, « que Mors ne fournit aucun élément de nature à établir qu'elle a mis en œuvre les moyens techniques et financiers nécessaires au développement pour chaque programme d'avions de chaque constructeur aéronautique d'un TPIS offrant une originalité ou une avancée sur le plan technologique ou un avantage tarifaire significatif pour les compagnies aériennes ».

1.3.4. La décision finale et les enseignements à tirer de ce cas

Ainsi la cour se prononcera sur le montant des dommages en allouant à la société Mors une somme de 34,2 MF en faisant une application stricte des notions de faute (l'abus de position dominante), de dommage (des coûts subis, des gains manqués à la fois pour le passé et le futur du fait de la perte de chance de conquérir un marché compte tenu du potentiel de développement de Mors) et de lien de causalité, point sur lequel la cour appliquera la causalité adéquate² puisqu'elle écartera les demandes ne découlant pas directement et n'ayant pas pour seule cause les pratiques illicites. Il en sera ainsi pour les surcoûts d'études subis par Mors ainsi que les pertes invoquées concernant les marchés adjacents.

Les enseignements à tirer de cet exemple sont multiples :

a) Les disciplines économiques offrent rarement des solutions uniques et il incombe à l'expert de présenter de manière très détaillée toutes les hypothèses qu'il aura retenues pour faire progresser son analyse,

b) La norme applicable par l'expert porte à la fois sur la qualification du préjudice : pertes subies, manque à gagner, perte de chance que sur les hypothèses propres à son calcul. Sur ce dernier point, la cour doit pouvoir contrôler l'évaluation des dommages. En l'espèce, s'agissant de calculer le marché potentiel du TPIS sur les Airbus A 330/A 340, l'expert devait définir des hypothèses relatives

2. Cf. D. Fasquelle, *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle*, *Revue de la Concurrence et de la consommation*, n° 115, mai-juin 2000, pp. 14-23.

au taux de pénétration du TPIS et à sa durée de vie potentielle ainsi qu'à la part de marché potentielle que pouvait escompter MORS.

En effet, il faut insister sur le fait que ces analyses ne relèvent pas d'une simple observation objective des faits mais de la mise en œuvre d'outils d'analyse économique qui comme toute modélisation repose sur des choix de paramètres. L'expert doit dire comment les choses se seraient passées si les faits litigieux ne s'étaient pas produits. Le futur n'étant jamais certain, il ne peut donner que son opinion sur l'évolution qui lui semble la plus probable, celle-ci peut être argumentée et contredite. La cour peut la trouver trop incertaine compte tenu de ses propres critères concernant la certitude ou au contraire trop restrictive.

Seule l'explicitation dans le rapport d'expertise des choix de l'expert permet le débat contradictoire devant le juge.

C'est à ces seules conditions que l'expert restituera au juge les différentes options possibles en évitant de trancher lui-même sur ce qui, sous couvert de fait, relève du droit.

Cependant, comme on l'aura noté à travers l'exemple Mors Labinal, les décisions demandées au juge de retenir telle ou telle hypothèse s'inscrivent dans une analyse économique des faits qui s'effectue de manière détaillée, tout au long de l'expertise. Cette analyse étant plus du ressort de l'expert, celui-ci peut aider le juge à définir ses choix.

III L'expert peut aider le juge à définir ce qui relève de la normalité dans différents domaines de l'économie

I. De l'explicitation de la norme : l'exemple de l'affaire UGAP/CAMIF

Au moment où le juge définit la mission de l'expert, les questions posées par les parties peuvent être assez larges et ne définissent pas toutes les questions d'étape auxquelles l'expert aura à répondre et les choix qu'il aura à faire.

Cependant, la mission doit aussi être précise, c'est ainsi que dans l'exemple précité, Mors Labinal, la cour d'appel avait dû infirmer le jugement concernant la mission de l'expert et la redéfinir en y incluant les effets des pratiques tarifaires abusives mises en œuvre par la société Labinal.

Mais au stade de la définition de la mission, la cour n'est pas toujours en mesure de qualifier les préjudices, ni de définir les hypothèses à retenir pour les évaluer.

Le rapport d'expertise va apporter toutes les informations qui permettront ensuite la qualification qui sera retenue par la cour.

Un autre exemple, celui de l'affaire UGAP/CAMIF peut être évoqué toujours dans le domaine du droit de la concurrence pour permettre de préciser ces observations :

1.1. La qualification de la faute et la définition de la mission d'expertise

Dans une instance opposant l'Union des Groupements d'Achats Publics « UGAP » à la CAMIF, Coopérative de consommation des adhérents de la MAIF, la cour d'appel (CA Paris, 13/01/1998, 1^{re} Chambre, Section A) dira que l'UGAP a commis des abus de position dominante « en stipulant dans les conventions passées avec les collectivités territoriales, en application de l'article 25 du décret du 30 juin 1985, des montants prévisionnels minimums d'achats correspondant à une partie importante de la dotation budgétaire de celles-ci pour les produits objets de la convention et le versement d'avances, en début et en cours d'exercice, épuisant le montant de la dépense correspondante, imposant ainsi, de fait, à ses cocontractants une obligation d'approvisionnement exclusif.

Elle demandera ensuite à l'expert désigné d'établir l'ampleur des pratiques anticoncurrentielles décrites ci-dessus et d'évaluer le préjudice subi par la CAMIF.

L'expert aura à interpréter les notions d'achat correspondant à une partie de la dotation budgétaire et « d'avances épuisant le montant de la dépense correspondante ».

1.2. Les choix de la cour d'appel

L'expert devra pour cela définir quantitativement les différents seuils correspondant aux notions évoquées dans l'arrêt de « partie importante de la dotation budgétaire » et d'avances « épuisant le montant de la dépense correspondante » et la cour d'appel (CA Paris 1^{re} Chambre, Section A, 22/10/01) retiendra respectivement 1/3 pour la notion de part importante de la dotation budgétaire et 60 % comme le niveau des avances épuisant le montant de la dépense correspondante.

La norme définissant le passage entre le licite et l'illicite s'est ainsi opérée à 2 niveaux :

1. Celui qualitatif qui a permis à la cour dans son premier arrêt de condamner l'UGAP pour abus de position dominante :

a) des mentions dans les catalogues de l'UGAP excédant la présentation objective des services offerts pour l'établissement public et pouvant être interprétées comme... visant à décourager les acheteurs publics, soit de recourir aux procédures de mise en concurrence classique, soit de procéder... à des achats directs auprès d'autres fournisseurs ;

b) en annexant aux marchés conclus... une fiche faisant apparaître les remises, par tranches de commandes, qu'elle-même consentait aux collectivités territoriales, ses propres clients...

c) en stipulant dans les conventions passées avec les collectivités territoriales des montants minimum d'achats... (cf. plus haut)

2. Celui quantitatif qui va permettre de déterminer le montant des dommages

Il faudra en effet, qualifier parmi l'ensemble des conventions passées par l'UGAP, celles qui sont litigieuses au sens des critères qualitatifs retenus plus haut.

L'interprétation de l'expert sera nécessaire pour, non seulement, rassembler l'ensemble des conventions suspectes, mais ensuite les classer par niveau de seuils litigieux potentiels.

1.3. Les enseignements à tirer du cas UGAP/CAMIF

On pourrait envisager que face à ce questionnement l'expert retourne devant le juge, en cours d'expertise, en présence des parties pour lui demander de définir ces seuils afin qu'il puisse approfondir ses analyses dans le cadre des seules normes définies par le juge. Cela impliquerait cependant une prise de position du juge avant la clôture des débats qui peut soulever des difficultés de procédure. De ce fait, reste la nécessité pour l'expert de fournir tous les éléments correspondant à différentes hypothèses quantifiées permettant ce débat contradictoire au moment de l'audience.

En l'espèce, le travail est facilité dès lors qu'au plan qualitatif les critères ont bien été définis et que seul subsiste le problème de la quantification de plusieurs hypothèses.

Dans certains cas cependant, la norme demeure cependant inconnue et l'expert intervient seul pour la déterminer.

2. A la norme inconnue : l'exemple des mandats de gestion en matière de gestion de portefeuille de valeurs mobilières

Dans certains cas, cependant, la norme est plus complexe, elle ne relève pas d'une notion quantitative de seuil, et implique la transposition dans l'espèce, d'un critère de normalité correspondant à l'application de la règle générale de gestion en « bon père de famille » ou encore de l'interprétation des normes professionnelles pour définir ce qui constitue par différence, un comportement répréhensible.

On analysera deux exemples se rapportant aux marchés financiers et à la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières par une société de bourse dans le cadre d'un mandat de gestion.

2.1. Cas n° 1 : TGI de Lyon (1^{re} chambre, 24 octobre 2001)

MM. Klein et Consorts c/ Banque Colbert SA

2.1.1. Les faits

Divers investisseurs ont fait assigner la banque Colbert aux fins de la voir déclarer responsable des moins values réalisées sur le fond commun de placement « Bellecour Diversifié » dont elle était dépositaire et ce du fait d'une mauvaise gestion liée notamment à des interventions sur le MONEP alors que de telles opérations n'étaient pas prévues dans la convention et ont été réalisées sans l'accord des détenteurs de parts ;

La banque a quant à elle soutenu que le fonds Bellecour Diversifié a privilégié dès sa création, une prise de risque et des interventions sur le Monep et cela en parfaite connaissance des investisseurs.

2.1.2. La mission d'expertise

Le tribunal a ordonné, avant dire droit, une expertise pour, notamment :

- 1 - vérifier quelle était la nature du FCP et quels types d'opérations sa nature lui permettrait d'effectuer et rechercher si des fautes pouvaient être imputées à la SA Banque Colbert et indiquer le préjudice en résultant pour les demandeurs.

Le rapport de l'expert indiquera que

a) « si des performances inférieures à la moyenne ne révélaient pas nécessairement une mauvaise gestion du fonds, il apparaît toutefois que le FCP « Bellecour Diversifié » non seulement gagnait moins que l'indice de référence du marché mais perdait également davantage, alors qu'un fonds à gestion dynamique normalement géré conduit en principe à des pertes supérieures à l'indice de référence mais également à des gains plus importants que cet indice.

b) Que ses très mauvaises performances, totalement déconnectées de l'évolution des marchés, ne pouvaient dès lors s'expliquer par la seule conjoncture et provenaient d'une mauvaise gestion des opérations sur les marchés de produits dérivés.

- Calculera les pertes subies par les demandeurs ainsi que leur manque à gagner en se référant aux performances de fonds équivalents soit à gestion prudente, soit dynamique.

2.1.3. La décision du tribunal et son utilisation du concept de perte de chance

Le tribunal en déduira l'existence d'une faute de gestion directement imputable à la SA Banque Colbert, du fait notamment du surdimensionnement des opérations sur le Monep qui représentaient un risque excessif, même pour un fonds à gestion dynamique.

Cependant, le tribunal dira que le préjudice ne peut équivaloir au montant de la moins value subie par le fonds litigieux et à celui des gains obtenus par les autres fonds comparables, la banque n'étant pas tenue de garantir un résultat déterminé et l'expertise ne permettant pas d'établir un lien de causalité exclusif entre la gestion du FCP « Bellecour Diversifié » et ses mauvais résultats. Le préjudice des demandeurs s'analyse donc en une perte de chance d'obtenir un meilleur rendement de leur placement par une gestion plus avisée du fonds souscrit.

En conséquence, le tribunal estimera le préjudice à 75 % des pertes subies, ne retenant pas le manque à gagner.

On notera dans cette espèce, que la mission confiée à l'expert consistait à rechercher si des fautes pouvaient être imputées à l'établissement financier et le préjudice en résultant.

Outre le fait que la qualification de faute relève exclusivement du tribunal et non de l'expert, celui-ci se limitant à recueillir les faits, le jugement qui ordonne l'expertise ne dit rien sur ce que constitue une bonne gestion et celui qui tranche le litige précise deux points importants :

- a) la banque n'a pas d'obligation de résultat,
- b) l'expertise n'établit pas de lien de causalité exclusif entre la gestion du FCP et ses mauvais résultats,

c) le préjudice s'analyse en une perte de chance d'obtenir un meilleur rendement de leur placement par une gestion plus avisée.

Il ne dit cependant pas comment il déduit de cette qualification de perte de chance, des dommages égaux à seulement 75 % des pertes subies alors que les fonds comparables ont réalisé des gains.

2.1.4. L'absence d'interaction avec l'expert pour déterminer la norme

Le jugement n'a donc pas retenu la norme constituée par les performances des fonds comparables, du fait du triple obstacle juridique qu'il a perçu :

- Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultats,
- La causalité exclusive n'est pas démontrée bien qu'en matière de gestion boursière, les résultats ne peuvent s'expliquer que par 2 facteurs, l'évolution des marchés et la qualité de la gestion. Dès lors que les fonds comparables ont eu des résultats favorables, la cause relative au marché est éliminée et il ne reste que la cause relative à la gestion.
- Il s'agit d'une perte de chance. Cependant à cet égard, la position du tribunal consiste à qualifier cette perte de chance comme celle de décider en connaissance des risques encourus et ainsi de pouvoir éviter des pertes et non pas comme celle de pouvoir bénéficier des gains de fonds comparables. Ce faisant, le tribunal s'appuie apparemment sur une position de la Cour de cassation qui indique « qu'en manquant à son devoir d'information du client sur les conséquences éventuelles des opérations, la société de bourse prive celui-ci d'une chance d'échapper à un risque qui s'est réalisé, perte de chance qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations effectuées par le client »³.

Cette décision soulève une interrogation dès lors que la qualification retenue était justement celle d'une perte de chance d'obtenir un meilleur rendement « de leur placement par une gestion plus avisée » préjudice pour lequel les demandeurs ne seront en définitive pas indemnisés.

2.2. Cas n° 2 : CA Paris (15^e chambre, Section B, 11 janvier 2002) Sté UBS Warburg c/ Allianz

2.2.1. Les faits

Dans cette espèce, un couple de clients, les époux Perrot, a fait virer en 1986 l'ensemble de ses titres auprès de la société de Bourse Ducatel Duval en raison notamment des relations personnelles que ce couple entretenait avec l'un de ses préposés.

Avant la gestion de la société Ducatel Duval, au droit duquel est venue UBS Warburg, le portefeuille comprenait 42 % à 44 % d'obligations et était relativement équilibré.

Les correspondances échangées montrent que les époux Perrot souhaitaient une gestion prudente de leurs titres.

3. Cass. com 10 déc. 1996 n° 20 76 P RJDA 397 n° 367, Sté France compensation Bourse FCB c/ Chevalier, p. 233.

Le compte qui s'élevait à plus de 4 MF lors de son ouverture en 1986 fera apparaître sur 4 titres, une perte de plus de 1,6 MF bien que la perte globale et définitive s'établira lors de la liquidation du compte à 300 kF à la fin 1992, compte tenu des gains obtenus par ailleurs.

2.2.2. L'expertise

Une expertise sera ordonnée par le premier juge qui évaluera le préjudice à 1,7 MF par comparaison avec les performances du CAC 40.

2.2.3. Les décisions du tribunal et de la cour d'appel

La cour d'appel confirmera en toutes ses dispositions, le jugement déferé en considérant tout d'abord que même si aucun écrit n'a été signé entre les parties, l'ensemble des éléments du dossier établit l'existence d'un mandat de gestion et ensuite concernant le préjudice que « même si l'appelant fait valoir avec pertinence qu'elle n'était tenue qu'à une obligation de moyens, il convient de retenir, d'une part qu'elle ne l'a pas remplie puisque l'expertise a mis en évidence la concentration excessive et durable du portefeuille litigieux sur certains postes correspondant à des petits marchés à risque et d'autre part, que le calcul du préjudice par comparaison avec les performances du CAC 40 pour la même période doit être retenu ; qu'en effet, si leur nouveau gestionnaire s'était comporté en professionnel prudent et avisé, les époux Perrot auraient obtenu au moins ce résultat ».

Concernant le point fondamental de la qualification du mandat de gestion en l'absence d'écrits, l'expert apportera son concours en analysant tous les éléments de fait permettant de conduire à cette qualification.

La cour analysera, en effet, les échanges de correspondance, la réalité des interventions des préposés et l'importance des courtages en résultant.

La qualification de mandat de gestion a une conséquence importante sur l'imputabilité des résultats de la gestion puisque le mandat de gestion dispense le client de la surveillance de l'évolution de son compte sauf s'il a reçu des mises en garde de la société de bourse⁴.

Le non-respect de son obligation oblige le mandataire à réparer le préjudice causé au client.

2.2.4. Le choix de la norme de référence pour définir le manque à gagner

Le point important pour notre propos est que la norme caractérisant la bonne gestion correspondant aux objectifs exprimés par les clients qui sera validée par la cour et est celle suggérée par l'expert, à savoir l'évolution du CAC 40.

Ce choix ne semble pas discuté, ni dans le jugement, ni dans l'arrêt, peut-être parce que son application conduit à un résultat proche de la perte observée sur les 4 titres ayant entraîné l'essentiel des pertes et dont le choix a été considéré comme ne relevant pas d'une gestion prudente et équilibrée.

4. RJDA 502 n° 506, p. 431.

On fera néanmoins observer que la performance du CAC 40 n'est pas représentative de la gestion prudente et équilibrée qui était celle souhaitée par les requérants puisque cet indice est aujourd'hui fortement influencé par des valeurs à fort contenu technologique qui sur le marché américain appartiendraient au NASDAQ et que de ce fait une gestion prudente et équilibrée connaît une amplitude de résultats plus faible que celle du CAC 40.

Dans cette espèce un véritable débat sur le choix de la norme aurait pu avoir lieu puisque l'on voit en comparant les deux espèces qu'une solution retenue à Lyon ne l'est pas à Paris.

Le choix de la norme applicable doit faire l'objet d'un véritable débat contradictoire devant le juge. Il ne peut être tranché par l'expert seul⁵.

On a, en effet, noté avec l'analyse de ces deux espèces au moins deux préjudices distincts :

a) celui résultant du défaut d'information du client par la société de bourse.

Le préjudice est distinct de celui qui résulte des opérations effectuées par le client. Il constitue une perte de chance d'échapper à un risque qui s'est réalisé.

L'indemnisation consiste alors en un remboursement de tout ou parties des pertes subies (cf. plus haut note 3, p. 26) ;

b) celui résultant d'une gestion très spéculative voire hasardeuse d'un portefeuille alors que s'agissant d'investisseur non averti, la société de bourse doit agir de manière prudente et ne pas amplifier l'aléa inhérent au marché boursier.

L'indemnisation consiste alors à allouer aux demandeurs le manque à gagner qui est déterminé en référence avec les performances en l'espèce du CAC 40 (RJDA 5/02 n° 506 p. 429).

3. L'interaction du juge et de l'expert pour la définition de la norme de référence

Soit l'expert, face à ce problème de norme, définit les différentes hypothèses et calcule les préjudices selon chacune d'elles et expose ces différents résultats au juge, soit il retourne devant lui, en cours d'expertise, en présence des parties pour lui demander de trancher la difficulté et de dire quelle est la norme à appliquer.

Ces différents exemples montrent qu'il existe une difficulté dans les matières économiques délicates à trop dissocier le temps du juge et celui de l'expert.

5. La même norme (performance de CAC 40) est par ailleurs, retenue dans une autre espèce (CA Paris 2 oct. 2001, n° 99 2627, 15^e chambre A, société de Bourse Paribas Wagny et Barbier du Dore (RJDA 01/02 n° 54 p. 40-41)) dans laquelle l'expert prend en considération la perte en capital subie par le demandeur du fait d'une gestion exercée de manière spéculative, alors que le mandat imposait une gestion prudente.

Il évalue des dommages en comparant cette perte avec le résultat de l'évolution du CAC 40 entre le début et la fin du mandat. Bien que la Cour de cassation (cf. op. cit., p. 21) ait qualifié la perte de l'investisseur de perte de chance, (celle de décider en connaissance des risques encourus de ne pas effectuer une opération) et de ce fait qu'il ne doit pas être forcément indemnisé de la totalité des pertes subies, les tribunaux comparent théoriquement les résultats obtenus par le préposé de la société de bourse avec ceux qu'il aurait obtenus si la gestion avait été plus conforme à la prudence et à la diligence mais ce faisant ne remettent pas en cause, le choix de la norme que l'on trouve ici aussi égale à la performance du CAC 40, choix qui mériterait également une analyse approfondie car on sait que seuls les fonds répliquant exactement l'indice peuvent prétendre obtenir précisément cette performance.

Une interaction est souvent nécessaire, non seulement pour résoudre les difficultés procédurales de l'expertise comme celles qui résultent des problèmes de communication contradictoires de certaines pièces comptables ou commerciales sensibles mais aussi pour préciser le champ des recherches demandées.

Il est tout d'abord clair que le juge ne peut s'en remettre à l'expert pour qualifier les fautes car l'expert n'est qu'un technicien qui, même s'il apporte les éléments de fait permettant d'arriver à ces qualifications, il doit s'en tenir aux faits et ne pas donner d'avis sur les fautes.

Il nous paraît également que la formule « évaluer les préjudices allégués » doit être complétée par des indications permettant de jalonner le travail de l'expert et que dans le cas où ces précisions ne peuvent être données a priori, il est utile de prévoir une rediscussion avec le juge en présence des parties pour les redéfinir.

Cette suggestion sera encore plus appropriée dans le cadre des missions ordonnées en référé avant dire droit pour lesquelles le seul interlocuteur de l'expert au niveau de la juridiction est le juge chargé du contrôle.

Le nouveau Code de procédure civile a envisagé le mécanisme de la conférence⁶ dans son article 266 qui permet au juge qui a rendu la décision ordonnant l'expertise ou au juge chargé du contrôle, après avoir défini une mission générale, de la représenter dans un second temps dans le cadre d'une conférence à laquelle sont convoqués l'expert et les parties. Cet article n'a pas connu d'application effective mais mériterait d'être mieux utilisé pour les affaires économiques délicates.

Une telle suggestion est-elle réaliste ? Le juge ne peut certes pas définir a priori le critère de performance qu'il utilisera pour évaluer des dommages avant d'avoir qualifié le préjudice : s'agit-il d'une perte de chance (de ne pas perdre ou de perdre moins) ou d'un manque à gagner, comme on l'a noté plus haut à travers les exemples cités, ou encore des deux à la fois. Il faut en effet, avoir au préalable dit que la gestion relève d'un mandat de gestion pour pouvoir dire que la gestion défectueuse était fautive. Cette analyse illustre la difficulté à laquelle est confronté le juge car le plus souvent il ne peut définir cette qualification du mandat avant la clôture des débats et du jugement au fond. Il lui faut donc dans la mission d'expertise prévoir toutes les hypothèses, ce qui n'est pas toujours aisé, d'où l'intérêt de la suggestion précédente d'un retour devant lui, après une première prise de connaissance du dossier par l'expert qui sera en mesure de lui suggérer toutes les hypothèses à explorer et d'obtenir du juge une confirmation sur celles à analyser de manière approfondie.

Conclusion

Comme l'ont montré les exemples étudiés, les problématiques soulevées par les litiges économiques et plus précisément celles qui relèvent du fonctionnement des marchés impliquent un lien étroit entre le juge et l'expert.

6. Comme l'a rappelé M^r Armand-Prevost dans les débats.

Le juge s'appuie sur l'expert non seulement pour connaître les faits mais aussi pour évaluer des préjudices qui relèvent de la mise en œuvre d'une norme économique qu'il convient d'explicitier.

Or celle-ci n'apparaît pas nécessairement au moment où est écrit le jugement qui ordonne l'expertise, soit parce qu'il s'agit de référé, soit parce que les faits n'ont pas pu être suffisamment analysés à ce stade de l'instruction pour que la problématique soit complètement posée.

De ce fait, l'expert aura à analyser différentes hypothèses et à en rendre compte au juge : il ne devra pas trancher à sa place et sera comptable devant lui de l'exhaustivité de son analyse. Il ne pourra pas se retrancher derrière son autorité de spécialiste pour éluder ce débat.

Dans certains cas, il pourra être amené en cours d'expertise à retourner devant le juge, en présence des parties et des avocats, pour évoquer les difficultés que peut soulever l'existence d'un trop grand nombre d'hypothèses relatives au choix d'une norme économique et lui demander de préciser certaines orientations.

Enfin, à l'audience, un débat ouvert devant le juge, en présence de l'expert, reprenant pour partie l'instruction du dossier, pourrait être adapté aux difficultés intrinsèques aux matières de l'économie.

* * *

Monsieur BEZARD. — Merci Monsieur le Professeur Nussenbaum de la contribution que vous nous avez fait par cette intervention. Nous l'avons tous beaucoup appréciée, parce que non seulement vous avez fait votre rapport en expert avisé et très compétent que vous êtes, mais aussi comme un enseignant faisant passer les idées fortes et claires. J'ajoute que la manière dont vous avez redéfini le rapport entre juges et experts me satisfait beaucoup parce que cet effort de collaboration entre le juge et l'expert est fondamental. Il y a un effort important à faire, vous avez montré la voie, en particulier cette possibilité de revenir devant le juge, pas simplement en matière de difficulté mais pour redéfinir la mission, ça me paraît extrêmement souhaitable et important indiscutablement, et je crois que ça doit pouvoir être réalisé avec l'accord des parties. On attendra les observations de la salle, en tous les cas, tous ce que vous nous avez dit est extrêmement important et sera retenu.

Alors le moment est venu d'ouvrir un débat. Il doit rester un quart d'heure, vingt minutes. Je vous donne la parole Monsieur Fleury.

DISCUSSION

Monsieur FLEURY. — D'abord pour féliciter mon confrère Nussenbaum. Ton exposé était parfait et je m'en réjouis. J'ai une question à te poser mais au préalable, j'aimerais faire une mise au point auprès de Madame Colette Neuville qui a mis en cause ce matin, l'indépendance des experts. Je pense qu'après l'exposé de Maurice Nussenbaum elle a fait le point entre expert et expert. Je crois savoir

Madame Neuville que lorsque vous évoquiez votre réserve sur l'indépendance des experts, il ne s'agissait pas d'expert judiciaire. Je parle en leur nom. Je suis membre du bureau de la compagnie des experts agréés par la Cour de cassation et c'est à ce titre que je présente ma protestation. Nous avons un code de déontologie très strict, il existe d'ailleurs le même code de déontologie du même esprit au sein des experts comptables judiciaires de France et de Navarre, qui nous impose une règle d'indépendance absolue. Le serment que nous avons prêté nous impose cette même règle d'indépendance et que je sache si jamais des écarts existaient, il conviendrait Madame Colette Neuville de les signaler aux compagnies correspondantes car nous avons des règles disciplinaires à faire respecter.

Cette mise au point étant faite, je crois savoir qu'il ne s'agissait pas d'experts judiciaires, vous m'en avez fait la confiance au moment du café tout à l'heure. Je voudrais poser une question. Puisque finalement il convient que le juge rende une bonne justice sur un éclairage donné par l'expert et tu as démontré combien la procédure d'approche par le juge était nécessaire, mais en certaines circonstances, l'expert éprouve des difficultés pour éclairer le juge et celui-ci éprouvera des difficultés pour trancher le débat. Je pense à une situation où les experts commis dans des contentieux au civil ou au commercial éprouvent des difficultés de communication des pièces saisies par ailleurs par la police et couvertes par le secret de l'instruction. Les demandes d'accès au dossier pénal demeurent fréquemment sans effet positif, il s'en suit que l'expert intervenant au civil se trouve bloqué dans le déroulement de son expertise. Le pénal tient le civil en suspens, mais la procédure civile suit son cours. Le rapport de l'expert sera finalement déposé en l'état des informations recueillies, il sera incomplet et le juge civil ne sera pas complètement informé. Ne pensez-vous pas que des aménagements s'imposent quant au secret de l'instruction d'autant plus que l'on constate par ailleurs que celui-ci est souvent bafoué. Merci.

Monsieur NUSSENBAUM. — C'est une question trop compliquée pour un expert, étant donné qu'elle soulève le problème des droits de la défense et je pense que il faut demander plutôt au Président Bézard de vous apporter une réponse.

Monsieur FLEURY. — Nous n'avons pas accès au dossier, mais la mission demeure, on demande le dossier et on nous le refuse. Dans certains cas on nous le donne mais pour des raisons de secret de l'instruction on ne peut le communiquer. Il y a un blocage, cela génère un retard dans le dénouement du contentieux, ce n'est pas satisfaisant.

Monsieur BEZARD. — J'ajouterais que certaines procédures, et nous sommes placés pour le savoir, sont engagées au point de vue pénal pour bloquer les procédures civiles. On le voit en matière judiciaire, on le voit en matière d'arbitrage aussi. Je dois vous dire qu'il y a aussi une interprétation du pénal tenu par le civil. Je me souviens à la Chambre commerciale, malgré le respect que nous avons à l'égard de la règle, le pénal tient le civil en l'état, dans un certain nombre d'affaires, nous nous sommes laissés paralyser par ce principe. C'est un point qui est acquis, d'autre part, j'aimerais bien qu'un certain nombre d'avocats qui sont dans la salle, qui se trouvent devant ces difficultés, nous expliquent comment ils réagissent devant le problème posé. Qui veut prendre la parole sur ce sujet ?

Monsieur le Président du PARC. – Monsieur le Président, pas exactement sur la question que vous avez posée mais sur votre précédente question, relayant celle de Maurice Nussenbaum dans sa conclusion : l'interaction entre l'expert et le juge. Il y a une difficulté procédurale qui tient au fait que lorsque un expert est désigné, il y a un juge qui est commis pour suivre les opérations d'expertise, et son interlocuteur, c'est ce juge, et non pas la juridiction. Et ce juge n'a pas de pouvoir juridictionnel ; alors de deux choses l'une, ou les parties se mettent d'accord pour cibler un peu mieux la mission de l'expert, au besoin sous la bénédiction de ce juge, et tout va bien ; mais il y a généralement une partie qui n'y a pas intérêt, au moins dans l'immédiat, ce qui fait qu'en réalité, il faut déposer un rapport provisoire, retourner plaider au fond devant la juridiction pour qu'elle amende la mission de l'expert, ce qui est long et finalement coûteux.

Il y a une solution qui n'a aucun caractère juridique : quand l'expert va donner au juge, parce qu'il doit la donner, l'estimation de ses honoraires, le coût estimé à quatre ou cinq hypothèses, risque d'être plus élevé que le principal, ce qui devrait alors pousser le juge à convoquer ensemble l'expert et les parties pour trouver une mission plus ciblée !

Monsieur TOURIN. – Je crois que la question de Monsieur Fleury était intéressante mais elle sort, un petit peu à mon avis du sujet. En ce qui concerne la possibilité de communication dans une affaire civile ou commerciale des pièces d'une procédure pénale, nous savons qu'il existe quelques possibilités de dérogation, notamment et je parle sous le contrôle des représentants du Parquet, l'ancien article 13 de la loi de 1985 permettait à l'initiative du Parquet ou à la demande du juge commissaire de communiquer dans le cadre d'une procédure commerciale certains éléments d'une procédure pénale en cours. Ces dispositions ont été reprises dans le code de commerce (art. 621-11 du Code de commerce). Mais je pense qu'en dehors de texte dérogatoire de cette nature, le secret de l'instruction dans les principes au moins, a un caractère absolu : par conséquent je ne pense pas qu'on puisse y déroger. Il y a tout de même une autre situation que nous rencontrons parfois comme expert : il peut nous arriver d'être nommé expert à la fois dans une affaire pénale et dans une affaire civile qui concerne les mêmes faits. Et là, je ne connais pas la solution qui soit à l'abri de toutes critiques possibles. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'expert est soumis à un exercice extrêmement difficile mais je m'adresse à Monsieur le Président Bézard et je me demande si la Cour de cassation n'a pas été saisie à un certain moment de ce problème, si il n'y a pas eu une décision concernant la possibilité pour un expert commis à la fois dans une affaire pénale et dans une affaire civile concernant les mêmes faits d'obtenir communication des pièces du dossier.

Monsieur BEZARD. – Je n'en ai pas connaissance, j'avoue que cette solution m'étonne. Je vois mal comment un expert tenu au secret professionnel dans une procédure pourrait passer outre à cette obligation à partir de l'expertise civile qui lui est confiée.

Monsieur TOURIN. – Cela me gêne énormément aussi, mais je connais des situations où des experts sont commis en matière civile et en matière pénale pour des faits qui concernent la même affaire.

Monsieur (un avocat). – Je crois que c'est interdit, qu'il y a au contraire une décision qui a sanctionné pour violation du secret de l'instruction, je crois que c'était un expert ou peut-être une partie, mais qui introduisait dans une autre instance des pièces de l'instruction.

Monsieur TOURIN. – Si l'expert le fait de sa propre initiative, sous contrôle du juge d'instruction, cela me paraît évident. Mais je peux vous dire qu'une affaire a abouti à des expertises en matière civile et en matière pénale et qu'à ma connaissance, il n'y a pas eu de sanction. Encore, encore faut-il pour cela qu'il y ait eu violation effective du secret de l'instruction, et là, il y a une gymnastique tout à fait particulière pour l'expert qui se trouve dans cette situation, afin d'éviter toute violation du secret. Je dois reconnaître que cela paraît contraire aux principes fondamentaux.

Monsieur BEZARD. – Je souhaiterais d'autres interventions de praticiens sur ce problème.

Monsieur... – Il y a une affaire où le même expert étant commis dans les deux expertises au civil et au pénal, les défendeurs avaient demandé sa révocation dans l'expertise civile du fait qu'il était déjà expert au pénal et ça été rejeté. Donc on a confirmé que un même expert pouvait être dans les deux instances.

Monsieur BEZARD. – C'est peut-être cette affaire là dont vous vouliez faire état ?

Monsieur TOURIN. – C'est peut-être la même affaire.

Monsieur TOURIN. – Le problème se résout peut-être dans le cadre d'une chronologie de réalisation de l'exécution des expertises...

Monsieur BEZARD. – Qui veut prendre la parole encore.

Monsieur FLEURY. – Je prends conscience avec intérêt de la question un tantinet vicieuse que j'ai posée et je ne voudrais pas faire l'article pour une organisation secrète, mais amie, je signale que fin mars prochain, la Compagnie nationale des experts agréés par la Cour de cassation organisera au Sénat un débat sur le thème de la compatibilité des missions de l'expert intervenant concomitamment au civil et au pénal. Vous serez les bienvenus.

Monsieur BEZARD. – On vous félicite de la publicité méritée faite pour le congrès qui ne manquera pas de retenir notre attention.

Une autre question ?

Arlette MARTIN-SERF. – Je voudrais demander un éclaircissement très basique, cette fois, je vous promets, je n'ai pas la réponse, sur le stade, l'époque à laquelle est définie définitivement la norme. Si j'ai bien compris ce n'est qu'au stade de la décision du juge que la norme applicable sera définitivement fixée, parce que vous nous avez dit, ou bien le juge définit la mission a priori et en même temps la norme, sinon l'expert peut proposer la norme, peut proposer plusieurs normes, peut se trouver confronté à des normes contradictoires entre lesquelles il n'a pas le pouvoir de trancher, et peut retourner vers le juge pour lui demander de définir ou de redéfinir la norme. Alors, je me demande si j'ai bien compris. Première question : Est-ce que si le juge définit a priori la norme en même temps que la mission de l'expert, l'expert perd son pouvoir de proposition ? et si deuxièmement, tout au long de la procédure et jusqu'à la décision

finale, tout est encore possible en matière de définition de la norme de la part du juge et de la part de l'expert ?

Monsieur NUSSENBAUM. — A la première question, je dirais oui, c'est-à-dire que l'expert perd son rôle dans la définition de la norme si elle est définie par le juge, car on demande à l'expert de faire les calculs correspondant à la détermination du préjudice en suivant l'orientation définie dans la décision du juge qui a désigné l'expert.

A la deuxième question, effectivement tout au long de l'expertise, il va garder la possibilité de faire des propositions. Cependant, j'insistais sur le fait qu'il fallait que l'expert évite de mettre en avant sa seule vision de la norme au détriment de toutes les interprétations possibles de la règle économique. L'exemple du CAC 40 est illustratif à ce sujet.

Monsieur LAFORTUNE. — La question posée par le Président Fleury, appelle quelques observations. Il s'agit de savoir si un expert commis dans le cadre d'une procédure civile peut, pour faciliter ou hâter l'exécution de sa mission, demander utilement auprès d'un juge d'instruction, saisi d'une information en cours, la communication d'éléments déjà recueillis dans le cadre de ses investigations, notamment par le biais d'une expertise pénale. En réalité, il apparaît nécessaire d'élargir le débat par des éléments propres à éclairer d'une manière plus générale car le sujet est susceptible de donner lieu à une confrontation entre plusieurs droits, principes ou règles fondamentaux qui commandent une « bonne administration de la justice ».

En effet, l'article 10 alinéa 1 du Code civil stipule que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». De même, l'article 11 du nouveau Code de procédure civile reprend, en écho, dans le domaine du régime des preuves en justice, que « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

Mais il faut se référer également aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 10 du Code civil qui précisent que celui qui, « sauf motif légitime », se soustrait à l'obligation d'apporter son concours à la justice « lorsqu'il en a été légalement requis peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

En matière civile, au terme d'une jurisprudence de la Cour de cassation, le « motif légitime » visé par ce texte tient soit au respect de la vie privée, sauf si la mesure s'avère nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui, soit au secret professionnel (Cass. 1^{re} civ. 21 juillet 1987 ; Bull. I. n° 248, p. 181 ; 20 décembre 1993 ; Bull. I. n° 380, p. 264). C'est ainsi que dans un arrêt rendu le 13 juin 1995, la Chambre commerciale énonce que le « secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil » (Com. 13 juin 1995. Bull. civ. IV. n° 172. D 1995. IR 166).

En ce qui concerne le juge ou l'expert judiciaire désigné, la matière pénale comporte son régime propre.

Tout d'abord le secret professionnel ne peut être opposé au juge pénal pour éviter à une personne soit de s'expliquer sur des infractions qu'elle aurait elle-

même commises, soit de témoigner (Cass. crim. 6 janvier 1989. Bull. n° 3 ; 23 mars 1977 ; JCP 1979. II. 19039 note Chambon).

Ensuite, il faut tenir compte du régime du secret de l'instruction prévu à l'article 11 du Code de procédure pénale qui stipule que « sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure de l'enquête et de l'instruction est secrète... » et « toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ».

Il faut enfin se reporter aux dispositions des articles R 154 et suivants du Code de procédure pénale qui régissent la délivrance d'expéditions de pièces de procédures pénales à des tiers.

En définitive, la réponse, positive ou négative, à la question posée est fonction du cas d'espèce qui se présente en fait. En tout cas, elle doit tenir compte des dispositions impératives ci-dessus rappelés ainsi que de l'exigence du respect du procès équitable résultant de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Monsieur MIGEOT. — La question s'adresse à Monsieur Nussenbaum. Ne pensez-vous pas Maurice, que dans le cadre de la recherche d'une norme pour apprécier le préjudice, il y a peut-être une qualification que vous n'avez pas utilisée et qui est à notre disposition, c'est celle du lien de causalité directe ou indirecte. Pour revenir à votre exemple et à l'énumération des H1 jusqu'à H5, je pense qu'il appartient à l'expert connaissant la matière de ne pas forcément accepter qu'une part de marché sur celui des pneus d'avion puisse passer indifféremment des A380 aux Boeing. Il appartient à l'expert raisonnable de ne pas se laisser entraîner vers un préjudice trop lourd par la partie qui y a intérêt, même sous le couvert de la norme, sans faire de plus référence au lien de causalité ; s'il allait dans une telle voie, le juge à l'audience « retournerait » son rapport, faute de causalité directe pour la détermination du préjudice.

Monsieur NUSSENBAUM. — Je vais répondre à cette question. En l'espèce et ça rejoindra la question précédente si le juge avait déjà dans la mission écarté les marchés adjacents, l'expert n'aurait pas eu à se poser la question. Le problème est que ce n'était pas le cas : l'expert était donc bien obligé de prendre en compte les demandes des parties et les réponses. Les différentes options que j'ai présentées sous les rubriques H1 à H4 constituent toutes les options qui permettaient de définir le périmètre des pertes et qui allaient des pertes subies par les compagnies et connues au jour de l'expertise à l'estimation des pertes de parts de marché, mais tout était lié, il y avait un lien direct qui était aussi avéré dans chacune de ces hypothèses. C'était uniquement pour la prise en compte des pertes sur les marchés adjacents que le problème du lien direct se posait.

Michel ARMAND-PREVOST. — C'est juste une petite observation par rapport à la question qui a été évoquée par Maurice Nussenbaum et à l'interrogation d'Arlette Martin-Serf. C'est vrai qu'une fois qu'une expertise est ordonnée ce n'est pas le juge du fond qui suit son déroulement, mais un juge spécialement délégué à cet effet. Mais le code de procédure a quand même envisagé, non pas le mécanisme assez compliqué de définition des normes mais un mécanisme

qu'on appelle la conférence, c'est-à-dire que le juge du fond définit une première mission en termes souvent un peu généraux et re-convoque à une date ultérieure, ce qui permet à l'expert ayant pris connaissance des termes de la mission de suggérer au juge, dans un débat contradictoire puisque ça revient devant le juge du fond, de leur suggérer par exemple la définition de certaines normes. Cette pratique de la conférence est abandonnée et je pense que c'est dommage. Je suis heureux que l'exemple que nous a donné Maurice Nussenbaum pourrait être l'occasion dans ce type de dossier un peu complexe de revenir à une faculté que le code offre et que les justiciables n'utilisent pas.

Bertrand MOREAU. — J'ai été très sensible à ce que vous avez dit, Monsieur Nussenbaum, pour ce qui concerne l'arbitrage ; effectivement, ces difficultés ne se rencontrent généralement pas en matière d'arbitrage. Je suis quand même surpris, car nous sommes ici un certain nombre d'avocats et il n'a pas encore été question de la définition de la mission d'expertise souhaitée par l'avocat dans ses écritures. Dans l'affaire Mors, vous dites que vous vous posiez des questions, des hypothèses etc. mais ne revient-il pas à l'avocat et à son client, qui sont à l'origine de cette mesure d'expertise, de préciser les normes à soumettre au juge. Dans l'hypothèse du CAC 40, est-ce que l'avocat dans ses conclusions n'a pas à préciser les normes qui doivent être appliquées ? Je pense que nous avons là, nous aussi, notre examen de conscience à faire lorsque nous présentons les demandes d'expertise, et cela simplifierait certainement me semble-t-il les questions qui se posent, si les questions à résoudre étaient préalablement élucidées avec le client, en sa qualité de professionnel. Quant à la question de Monsieur Fleury, il y a lieu à surseoir à statuer ou n'y a pas lieu de surseoir à statuer selon que les pièces ont, peuvent avoir ou ne peuvent pas avoir d'incidence sur la solution du litige ; tel est à mon avis la réponse.

Monsieur NUSSENBAUM. — Vous avez parfaitement raison mais ce qu'il faut bien voir c'est que le demandeur suggère naturellement l'hypothèse H5, la plus large, qui correspond à sa compréhension de la norme et le défendeur l'hypothèse H1, la plus étroite et donc finalement le débat se déroule devant l'expert sur le choix de la norme. Dès lors de deux choses l'une, ou cette question a été tranchée avant par le juge ou elle se rediscute devant l'expert jusqu'à un point qui peut s'avérer excessif si la question est trop vague, car les parties replaident devant l'expert.

Paul COURTHEOUX. — Ma question est à cheval sur les deux interventions, celle du Professeur Chaput avant le break et celle-ci. Il a été traité de l'auto-saisine pour les sanctions en procédure collective, il a été dit et il n'y a pas à y revenir que ça ne mettait pas en cause l'indépendance du juge mais à mon avis, ça soulève une autre question qui est me semble-t-il très importante, c'est celle de la charge de la preuve. La cour d'appel de Paris a décidé dans une affaire et elle l'a fait à juste titre à mon avis, que dans le cas d'auto-saisine, le mandataire n'était pas demandeur et d'ailleurs à ce titre la cour d'appel de Paris lui a refusé le droit d'appel. Je pose la question suivante : dans le cas d'une auto-saisine dans le but de sanctions dans le cadre de procédures collectives, nous n'avons plus de demandeur mais nous savons bien qu'un des points essentiels de la réforme de 85, c'était justement de revenir sur la jurisprudence précédente et de charger

clairement le demandeur aux sanctions d'apporter la preuve des fautes qui sont reprochées au dirigeant et qui justifiaient les sanctions.

Alors, vous avouerez qu'on se trouve me semble-t-il, dans une situation ahurissante, parce que le tribunal, il s'agit de matières complexes qui font appel à la finance, qui font appel à la comptabilité, qui sont très techniques et le tribunal n'a évidemment pas les moyens de connaître les raisons et d'apprécier des preuves qu'il aurait la propre charge d'apporter. Je précise aussi que le juge commissaire n'a pas une meilleure connaissance. Le tribunal se trouve bien devant l'obligation de désigner un expert, mais alors on se pose la question de savoir comment on va pouvoir, le défendeur et le tribunal discuter soit disant à égalité pour définir la mission de l'expert. Je pose cette question, il me semble que si ce schéma, qui a été très délibérément voulu par le législateur qui a très clairement cette position, cette possibilité d'auto saisine pour les sanctions, si ce schéma n'est pas générateur d'un problème qui va bien au delà de celui de l'indépendance du juge. C'est à mon avis l'impossibilité de fait, d'organiser un débat équilibré avec un demandeur qui a la charge de la preuve.

Monsieur CHAPUT. — Dans des projets de réforme de la loi de 1985, il est prévu de supprimer la possibilité d'auto-saisine dans l'hypothèse des actions en comblement de passif, donc ça réglerait la question ! On est quand même dans un domaine très dérogatoire, puisque ce n'est pas l'article 1382 du Code civil, c'est « toute faute de gestion, etc. » Je crois qu'il faut bien distinguer la saisine de la juridiction et ensuite du problème de fond de savoir s'il y a des fautes qui permettraient au tribunal de condamner à la contribution au passif. Le fait de saisir une juridiction n'entraîne pas automatiquement la condamnation de celui qui est convoqué. L'ambiguïté elle est là, on convoque, mais on ne sait pas ce qui se passera, sauf à préjuger dans la note ou la citation.

Françoise AUBERT. — La question se pose en matière de sanction parce que les mandataires judiciaires agissent eux-mêmes en paiement des dettes sociales. Dans le domaine des sanctions, le mandataire fait un rapport relayé par le juge commissaire, ensuite la saisine d'office est mise en œuvre par le président du tribunal qui fait assigner le dirigeant et reprend dans une note les faits qui peuvent être relevés contre le dirigeant, présentés de façon neutre, sans exprimer d'avis. Devant le tribunal, sur saisine d'office, la procédure est contradictoire mais en cas d'appel la contradiction est moins bien assurée car le mandataire judiciaire intervient pour la forme et s'en rapporte à la justice. La saisine d'office permet au tribunal d'avoir une action efficace dans le domaine des sanctions, offre des garanties et est conciliable avec l'impartialité mais il est question de la réformer.

Monsieur BEZARD. — On s'arrêtera là sur votre courte intervention.

Monsieur COURTHEOUX. — Il y a quand même un problème même au niveau parce que les faits qui sont cités par le mandataire exigent la forte preuve. Or, je répète ma question Qui peut apporter les preuves, il n'y a pas de demandeur ?

Monsieur LYONNET. — Une réponse très simple à la question posée, puisque c'est une question de charge de la preuve. Grâce à de récents arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il est clair que le juge commissaire, en vertu de l'article 14 de la loi de 85 ancienne rédaction, peut désigner

Revue de jurisprudence commerciale

c/o EJA
31, rue Falguière
75741 Paris Cedex 15
Tél : 01 56 54 17 80
Fax : 01 56 54 17 81

E-mail abonnements : michel.legrand@eja.fr

Chèque à l'ordre de **EJA**

SNVB Paris Haussmann 30087 00081 0483408143R 49

* abonnements partent de janvier et sont souscrits pour un an.

abonnement 2002 : 152 € T.T.C. - Etranger : 174 €. - Le numéro normal : 18 € T.T.C. Ce numéro spécial : 72 € T.T.C.
toute demande de **changement d'adresse**, joindre 0,92 € en timbres-poste et la dernière bande.
reliures : Préciser l'année en joignant 18 € T.T.C. pour les reliures annuelles - 10 € T.T.C. pour les petits coffrets.

tout homme de l'art afin d'éclairer le tribunal notamment sur les faits susceptibles d'avoir une conséquence au plan des responsabilités ou pécuniaire ou de sanction. La charge de la preuve ce n'est pas un problème maintenant, ce n'est plus un problème.

Monsieur DELMOTTE, Avocat au Barreau de Paris. - J'avais demandé la parole, tout à l'heure, Monsieur le Président, sur l'exposé de Monsieur Nussenbaum, au moment où vous avez souhaité que les avocats pratiquant l'expertise puissent s'exprimer.

Dans les écritures afin de désignation d'expert, l'avocat demande, le plus précisément possible, une mission qui corresponde au mieux aux intérêts de son client, mais le Tribunal n'est pas lié et confie à l'expert la mission qu'il estime la plus adéquate et la plus utile et qui peut diverger de celle demandée. Mais sur tout, le texte de la décision confiant la mission à l'expert contient très fréquemment une phrase « balai » du type « faire toutes recherches ou constatations permettant à la juridiction saisie d'être utilement éclairée sur les éléments du débat... ». En l'occurrence, c'est la question que je pose à Monsieur Nussenbaum, principalement en matière économique où un certain nombre de juridictions de premier degré n'ont pas un éclairage complet des faits et enjeux, ne nous trouvons nous pas dans la possibilité pour l'expert de fixer la norme aux lieu et place du Tribunal pour revenir au mot que vous avez utilisé tout à l'heure, en retenant certaines constatations lui permettant de formuler des observations que le Tribunal reprendra en leur donnant une forme décisive et juridictionnelle. Dans cette hypothèse pour l'avocat, la situation est assez délicate, car il se trouve en porte à faux dans un dialogue qui s'établit entre le juge et l'expert et qui permet précisément à l'expert de proposer la norme alors que l'avocat n'a pas pu la discuter devant le tribunal ?

C'est une question brève.

Monsieur NUSSENBAUM. - En matière économique, notamment en matière d'entente, lorsqu'il y a eu une décision par exemple du conseil de la concurrence qui s'est penché sur la qualification de l'entente, les dommages à l'économie, et qu'il en résulte une action privée pour obtenir réparation des dommages, l'entreprise qui va introduire cette action va revendiquer une perte de part de marché et on va demander à l'expert d'évaluer les préjudices. Si on ne le guide pas, pour la définition de la part de marché légitime qu'elle pouvait escompter, on repart dans des plaidoiries devant l'expert qui sont aussi acharnées que celles qui ont lieu devant le tribunal.

Monsieur BEZARD. - Permettez que l'on reste sur cette parole de Monsieur le Professeur. Nous vous remercions, nous remercions tous les intervenants et ceux qui ont animé les débats. Je vous dis à demain et vous souhaitez de bien profiter de votre soirée.

Monsieur du PARC. - Merci Monsieur le Président de votre patience au niveau des questions. Il était important que tous ceux qui le souhaitaient puissent s'exprimer. Rendez-vous demain matin à 8 h 30 d'une façon précise, la matinée est chargée et on démarrera impérativement à l'heure.

Merci que les orateurs ne le fassent pas devant une salle vide.

Tout projet d'article, commentaire de jurisprudence ou note destinée aux sommaires de jurisprudence, adressé aux fins de publication à la Revue doit être accompagné de sa disquette.

Les envois doivent être adressés à :

Revue de jurisprudence commerciale
à l'attention de Michel ARMAND-PREVOST
c/o EJA
31, rue Falguière
75741 PARIS Cedex 15

Les auteurs dont les manuscrits ont été acceptés s'engagent à ne pas les publier ailleurs sans l'accord préalable de la Revue de jurisprudence commerciale.

Revue de Jurisprudence Commerciale,
SARL au capital de 15 360 €.

Associés :

Association Droit et Commerce
Société civile de moyens entre agréés près le tribunal de commerce de Paris - M^{re} DILAUD-DESHAYES - M^{re} B. LYONNET - M^{re} Y. NEVEU - M^{re} X. VINCENT.

Gérant - Directeur de la publication :
Michel ARMAND-PREVOST

SIÈGE SOCIAL

15, rue Montbauron, 78000 Versailles
Siren B 562 121 590 000 29
R.C. B. 562 121 590 03 B 02802
ISSN 00487937

revue de jurisprudence commerciale

II

46^e année
Novembre 2002



Numéro spécial

Colloque de La Baule

LE JUGE DE L'ÉCONOMIE