

**Union des Compagnies d'Experts
près la Cour d'appel de Paris
(U.C.E.C.A.P.)**

COLLOQUE ANNUEL

***Le principe de la contradiction
et le droit au secret***

**Cour d'appel de Paris
11 décembre 2012**

**UCECAP
COLLOQUE
MARDI 11 DECEMBRE 2012**

Ouverture et introduction du colloque :

M. Jacques DEGRANDI, Premier Président de la Cour d'appel de Paris p. 3

M. François FALETTI, Procureur Général près la Cour d'appel de Paris p. 6

M. Didier FAURY, expert-comptable agréé par la Cour de cassation
Président de l'U.C.E.C.A.P p. 9

Contributions :

Madame Brigitte HORBETTE, Présidente de la commission de réinscription
des experts à la Cour d'appel de Paris..... p. 9

Monsieur Etienne-Philippe HECKLE,
Président de la Compagnie des Experts agricoles
Expert près la Cour d'appel de Paris p. 9

Maître Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris p. 11

Monsieur Denis SAFRAN, Président de la Compagnie des Experts médecins,
Expert près la Cour de cassation..... p. 15

Monsieur Bertrand PHESANS, Président de la Compagnie des Experts psychologues
Expert près la Cour d'appel de Paris p. 19

Monsieur Didier CARDON, Président de la Compagnie des Experts en comptabilité,
Expert près la Cour de cassation..... p. 22

Amiral Jean-Louis BARBIER, expert, membre de la Compagnie des
Ingénieurs-Experts..... p. 26

Conclusion

Madame Brigitte HORBETTE p. 34

Monsieur Didier FAURY p. 36

M. D. FAURY.- Bienvenue à ce colloque annuel de l'Union des Compagnies d'Experts près la Cour d'appel de Paris, que nous allons débiter tout de suite, car nous avons le plaisir et l'honneur d'avoir à la tribune Monsieur le Premier président et Monsieur le Procureur général.

Monsieur le Premier président, je vous passe la parole.

M. J. DEGRANDI.- Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Je suis toujours sensible au fait d'ouvrir le colloque annuel de l'Union des compagnies d'experts près la Cour d'appel de Paris qui fait suite à la prestation de serment des nouveaux experts inscrits sur la liste. Je remercie encore une fois le président Didier FAURY ainsi que les nombreux professionnels qui se sont déplacés à la cour et je constate avec beaucoup de satisfaction que notre collaboration étroite et loyale attire des conférenciers et un auditoire de très haute qualité.

Le thème de la journée "le principe de la contradiction et les secrets" de prime abord, laisse perplexe car il met en perspective le choc de deux concepts antinomiques et met en lumière la difficulté faire coexister des valeurs également protégées par les principes fondamentaux d'un Etat de droit : le principe de la contradiction, principe directeur du procès civil et celui du respect des droits les plus intimes de la partie qui sollicite la mesure d'instruction, des tiers, des témoins et de toute personne, qui directement ou indirectement détient une information utile à la manifestation de la vérité judiciaire.

Pourtant ces deux axiomes participent de l'essence même de l'expertise judiciaire qui n'a de consistance que par eux : la contradiction lui donne sa légitimité et sa force et l'existence d'éléments couverts par les secrets, la justifient lorsque le dénouement du litige repose sur l'examen technique d'informations qui ne s'imposent pas d'emblée au juge.

Comme le magistrat qui tire cette obligation de l'article 16 du Code de procédure civile, l'expert est soumis au respect de la contradiction même s'il se traduit par des exigences opérationnelles adaptées au stade du procès dans lequel il intervient. Il doit procéder en présence de toutes les parties préalablement convoquées. S'agissant d'investigations techniques faites sans les parties, dans l'urgence ou parce que la nature de la mission nécessite l'absence des unes ou des autres, il doit en communiquer les résultats pour qu'ils soient contradictoirement discutés. Il doit répondre aux dires. En un mot, il doit, comme le juge, s'assurer pendant toute la phase de l'expertise, du respect des droits de la défense.

Cela requiert une méthodologie et chacun sait que l'inobservation du principe de contradiction est sanctionnée par la nullité, qu'il s'agisse du jugement ou de l'expertise.

C'est dire l'importance de ce principe et de celui de loyauté qui lui est attaché mais ne le recouvre pas nécessairement. Le serment de l'expert "*d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et conscience*" que beaucoup d'entre vous ont prêté ce matin, résume à lui seul toute la déontologie de l'expert judiciaire et lui donne sa charge symbolique. Il devra toujours vous alerter sur le respect d'une bonne conduite.

Pour autant, le technicien qu'il ait une mission d'expertise, de consultation ou de constatation doit respecter également une obligation générale de retenue, encore plus stricte lorsqu'elle ressort de la loi qui va jusqu'à le soumettre lui-même au silence. Il est astreint au secret de l'instruction prévu par l'article 11 du Code de procédure pénale sous peine de commettre de délit. L'article 244 du Code de procédure civile lui interdit de révéler des informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission quand elles n'éclairent pas les questions qui lui sont soumises et l'article 247 précise que son avis dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée.

Sa tâche est donc compliquée, tiraillé entre plusieurs obligations.

Lorsqu'il est tenu lui-même au secret les difficultés ne sont pas insurmontables puisqu'elles ne doivent pas porter à discussion, le technicien devant se comporter selon ses devoirs, sa déontologie et de son éthique sous le contrôle des parties au procès et des juges. Tout au plus, dans son devoir de prudence doit il soumettre au juge mandant toute demande de copie de son rapport qui émanerait d'un tiers.

Bien souvent il se voit également opposer des secrets "catégoriels" par les parties ou les tiers qui refusent de participer à la mission ou de verser un document ou encore en limitent la communication. Ces obstacles s'érigent comme autant d'exceptions au principe de la communication de documents ou d'éléments utiles à la manifestation de la vérité, prévu aux articles 10 du code civil, 242 et 243 du code de procédure civile. Dans de tels cas, l'art du technicien consiste donc à composer et rechercher les aménagements au principe du contradictoire en veillant à maintenir la confiance des parties et du juge dans son travail.

Le degré de cet aménagement dépend de la rigueur des secrets protégés, qui se déclinent en simple discrétion, en secret d'état en passant par le secret des affaires, le secret professionnel et le secret défense domaines qui recourent eux-mêmes de nombreux champs que nos conférenciers spécialisés vont exposer tour à tour dans le cadre de ce colloque. Plus ces domaines méritent protection, plus le contradictoire sera canalisé, le curseur jouant par un effet de domino sur les marges d'intervention du technicien.

Dans certains cas, les plus extrêmes, quand les intérêts de la nation sont en jeu, sa mission est fortement conditionnée, comme celle du juge, car il ne peut agir que sur habilitation.

Les contours du secret professionnel sont plus difficiles à appréhender car il recoupe des réalités protéiformes tenant à la multiplicité des intérêts protégés et à leur gradation, la palette s'étendant de l'intérêt général ou d'ordre public aux intérêts des non-professionnels qui ont confiés des informations à des personnes de confiance qu'elles peuvent difficilement divulguer. Ils brident la liberté de l'expert mais par un effet de miroir sont eux-mêmes amputés par l'application du principe contradictoire. Mais dans tous les cas, pour le technicien, les frontières du possible et de l'interdit sont mouvantes et donc dangereuses. Certains de ces secrets demeurent peu accessibles (secret professionnel des notaires, des avocats, secret bancaire...) tandis que d'autres viennent juste limiter la mesure d'instruction à ce qui est strictement nécessaire à la preuve des faits ou imposent pour qu'ils soient levés, que la partie demanderesse justifie du motif légitime attaché à la

protection de ses propres droits (secret des correspondances...). La problématique est rendue plus complexe encore en raison d'une jurisprudence hésitante et par la lecture combinée des articles 226-13 et 226-14 du code pénal qui sanctionnent la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire en prévoyant toutefois des exceptions que vous évoquerez notamment au cours des échanges à propos du secret médical.

En tout état de cause l'expert doit adopter des réflexes clairs lorsqu'il se trouve dans des situations qui à la fois bousculent la contraction et menacent la confidentialité : reprendre les textes et notamment les dispositions de l'article 10 du code civil qui constituent le fil de ses investigations *“chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui sans motif légitime se soustrait à cette obligation 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”* et faire retour à son juge mandant de toutes les obstructions. Le magistrat que l'expertise ne dessaisit pas possède en effet des moyens légaux pour les lever ou les contourner (injonctions...) ou encore tirer toutes les conséquences de l'opposition.

Nous percevons bien que la posture de l'expert est conditionnée par celle du juge lui-même contraint à la plus grande vigilance. Il doit bien circonscrire les contours de sa mission et l'adapter au litige et au contexte en ordonnant des investigations claires et appropriées et respecter les conditions légales de la mesure qu'il ordonne. C'est dire si l'expert et le juge sont les maillons d'une même chaîne dans la recherche de la vérité judiciaire à cette nuance près que l'expertise n'a jamais qu'un objectif probatoire. Quels que soient ses résultats, le juge qui bénéficie seul de l'imperium tranche le litige en se référant aux règles de la preuve ou en faisant preuve lui-même d'une prudence redoublée. Le technicien n'a jamais plus de pouvoirs que le juge et n'obtiendra pas ce que le juge ne pourrait exiger pour lui-même.

A vrai dire, l'expert et le juge sont finalement guidés par une déontologie et une éthique très proches, de plus en plus communes à toutes les professions juridiques. Je vous invite à sans cesse vous reporter aux "bonnes pratiques" et vous assurer que les conventions signées entre la cour et les juridictions du ressort, l'Ordre des avocats et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de Paris sont strictement appliquées (Convention du 4 mai 2006 sur la conduite et la gestion des expertises civiles, Convention du 27 juin 2007 sur les expertises pénales et Convention du 8 juin 2009 relative au document de synthèse et au calendrier de l'expertise). Les règles posées par le Conseil national des compagnies d'experts de justice vous guideront aussi dans le permis et l'infaisable, extrêmes entre lesquels vous risquez fréquemment d'osciller dans les domaines qui nous intéressent aujourd'hui.

J'ai aussi la faiblesse de penser que la valeur du travail du technicien dépend aussi de la collaboration confiante entre l'expert et le magistrat. Au stade de l'établissement des listes d'experts, la Cour d'appel de Paris se montre très vigilante sur l'instruction des candidatures et sur la participation aux formations organisées qu'elle organise avec les compagnies d'expert dans le domaine des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien. Ces formations sont obligatoires pour les candidats à la réinscription sur les listes, à l'issue de la période

probatoire ou de la période quinquennale prévues par les textes et fortement recommandées pour les nouveaux inscrits.

Quel que soit l'avenir des contours de l'expertise, l'expert devra toujours plus cultiver les vertus essentielles qui légitiment son travail. Elles l'obligent sans cesse à contrôler ses propres réactions et le niveau d'excellence exigé dans l'exercice de ses missions.

Il me reste à vous souhaiter des échanges forts riches et une contribution non moins riche à la réflexion.

Je vous remercie d'avoir bien voulu m'accorder quelques instants de votre attention.

Je passe la parole au Procureur général.

(Applaudissements)

M. F. FALLETTI.- Mesdames et Messieurs les Présidents, je suis également très heureux de l'opportunité d'ouvrir ce colloque qui va nous réunir pendant deux bonnes heures sur un thème d'une importance toute particulière et, d'ailleurs, l'affluence qui peuple cette salle de la Première Chambre de la Cour d'appel en est une illustration.

Manifestement, chacun attend beaucoup de ces discussions et échanges.

On pourrait avoir le sentiment, après avoir écouté le Premier Président, que les choses sont dites. Beaucoup ont été dites par le Premier Président et, en même temps, vous avez tous entendu à la fin, comme je l'ai moi-même entendu, qu'en réalité nous nous trouvons précisément en présence d'une thématique particulièrement complexe où il était important que le Premier Président vous retrace quelques lignes des grandes lignes forces, qui sont elles-mêmes issues de la loi et de textes internationaux, mais aussi de certaines conventions ou accords qui ont pu être passés au niveau de l'expertise.

En même temps, la voie est ouverte à tout un développement de casuistique, de cas d'espèce qui se déclinent au gré de la variété des enjeux. Ils sont multiples. Ce sont des enjeux qui intéressent la sûreté de l'Etat, la Défense nationale, la protection de la vie privée, de l'intimité à travers la santé, et j'en passe.

Il y a également la protection en matière commerciale et le secret des affaires.

On sait bien à quel point tout cela est important. Au début de l'année 2011, des réflexions ont été menées au Parlement à propos d'un projet de loi consacré à un renforcement de la protection du secret des affaires afin d'assurer certaines garanties pour le monde industriel et commercial vis-à-vis de la concurrence qui peut se développer çà et là et qui ne manque pas de se développer.

Il est important que l'on essaie de protéger un certain nombre de secrets, y compris à travers les procédures judiciaires. Il y a des situations où le secret peut apparaître important, puisque nous savons tous bien que dans des procédures criminelles, des

procédures de terrorisme qui viennent devant les Cours et les Tribunaux, beaucoup d'informations sont mises sur la table, sur la manière de procéder et sur les pratiques des experts et de l'investigation. Il y a là évidemment autant de choses indispensables pour éclairer le juge, pour permettre d'assurer les droits de la défense mais, en même temps, il est vrai qu'un certain nombre d'informations sont ainsi mises sur la table.

Ceci illustre bien la problématique, la thématique qui nous réunit, qui vous réunit, et sur laquelle vous allez « plancher » pendant ces quelques heures.

L'indispensable contradiction doit animer les échanges sur la scène judiciaire, l'indispensable manifestation des droits de la défense qui, eux-mêmes, doivent bénéficier de toutes les informations qui sont apportées au niveau de l'accusation mais, en même temps -c'est vrai aussi-, comment articuler ces principes fondamentaux de la scène judiciaire avec un certain nombre de garanties que l'on peut considérer comme fondamentales pour tous, aussi bien sur le plan personnel, privé, familial ou dans le monde commercial et économique ?

Ce sont des enjeux considérables sur lesquels nous nous sommes nous-mêmes inscrits dans un contexte procédural traditionnel, animés par la recherche de la manifestation de la vérité, et la manifestation de la vérité veut que toute vérité soit bonne à dire et que l'on pose sur la table l'ensemble des éléments à l'appréciation du juge.

Notre système se distingue à cet égard d'un certain nombre d'autres systèmes juridiques ou judiciaires dont on a peut-être certains exemples à l'esprit, dans lesquels, en définitive, le secret est paradoxalement -puisque ce sont des systèmes très imprégnés de la contradiction- bien préservé et on peut dire « mieux que chez nous sur la scène judiciaire » et, en même temps, au moment où le débat va se nouer, le contradictoire prend toute sa place et ouvre la voie au débat.

Ce sont des thématiques extrêmement importantes, qui sont en permanente évolution, tant à travers la jurisprudence, parce qu'elles sont posées, soulevées, relevées, retournées, et qu'il n'y a pas véritablement de solution définitive en la matière.

En réalité, dans ce monde dans lequel nous vivons, c'est tout d'abord aujourd'hui la notion de transparence, d'échange d'informations la plus large qui a tendance à prévaloir, tout spécialement dans la matière pénale. Si l'on en juge en regardant en grandes lignes la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la tendance veut écarter le secret et favoriser l'échange du contradictoire. On le mesure à travers certaines décisions en matière médicale, en matière de secret des affaires et de secret bancaire. On le retrouve également s'agissant de l'activité de l'avocat, des ministres des cultes. On a le sentiment que lorsqu'il s'agit de pousser à la manifestation de la vérité, la part de la vie privée, la part des autres secrets, a tendance à être réduite car, par exemple, l'avocat peut utiliser des éléments d'information pour assurer sa propre défense, en écartant son secret, quand il est mis en cause, car on peut se trouver en présence d'un secret médical qui peut ne pas être déclaré opposable à un juge d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale, car tel est l'intérêt au regard de la recherche de la vérité.

Ceci se retrouve dans bon nombre de situations. Un secret est particulièrement fort -et vous allez l'examiner-, celui de la Défense car on a un cadre juridique particulièrement strict et fort. Le principe d'un secret absolu sous le contrôle d'une commission du secret de la Défense nationale, en place depuis un peu plus de 10 ans, règle la question : le document en question est-il soumis à la règle du Confidentiel Défense ou pas, du secret Défense ou pas ?

En fonction de la réponse apportée, l'intervention de la justice, du juge, de l'expert, va s'opérer ou pas.

De la même manière, le Conseil constitutionnel a reconnu la force de ce secret Défense dans la décision qu'il a rendue au début de 2011 à propos de la loi qui avait renforcé la situation d'un certain nombre de lieux soumis au secret Défense et la force du caractère particulièrement secret en matière de protection de la Défense nationale.

Sur le terrain du droit pénal, on a le sentiment tout de même d'une forte tendance à pousser à la prévalence de la manifestation de la vérité.

S'agissant de la matière civile, on est sur une situation plus en retrait. La jurisprudence va se montrer beaucoup plus prudente, tout en assurant un certain nombre de possibilités dans le cadre d'une casuistique que vous allez décliner, que le Premier Président vient à peine d'aborder, puisqu'il s'agit en réalité d'une série de situations qui sont toutes différentes les unes des autres.

Je crois que le mieux à ce stade est de vous permettre de prendre la parole et d'approfondir ces échanges en rappelant que nous avons toujours, s'agissant du secret et de l'échange des documents, un double garde-fou : le contradictoire. Quand quelque chose est distingué et détecté par l'expert, celui-ci doit le soumettre à un moment donné au cadre du contradictoire. Il n'y a pas d'élément secret qui va le demeurer, à l'exclusivité de l'expert ou du juge. Cet élément devra être fourni au débat contradictoire.

Il y a le fait que, lorsque l'expert se trouve embarrassé, dans une situation de blocage, il a toujours la possibilité de se retourner vers le juge, celui-ci étant amené à dire le droit, ce qui est sa vocation, par rapport à l'expert, en complémentarité avec leurs missions respectives au service de la justice. Cette garantie doit pouvoir s'opérer.

Je ne voulais pas être beaucoup plus long à ce stade. Je veux simplement dire que tout ce qui sera dit tout à l'heure va certainement être particulièrement précieux et important.

Je félicite le Président de l'UCECAP et l'Union des Experts d'avoir retenu ce thème à son ordre du jour et j'aurai grand plaisir à voir les comptes rendus, quand ceux-ci auront eu lieu, car j'espère qu'il y aura quelques traces au terme de cette journée.

Je vous remercie.

(Applaudissements...)

M. D. FAURY. – Merci, Monsieur le Premier Président et Monsieur le Procureur général.

Vos propos constituaient bien plus qu'une introduction. Comme les années précédentes, ils ont montré, s'il en était besoin, que nous avons choisi un sujet complexe et intéressant et vous l'avez déjà remarquablement mis en valeur.

Encore une fois, merci infiniment.

(Applaudissements...)

Notre colloque est maintenant placé sous la présidence de Mme Brigitte HORBETTE, Présidente de la Commission de réinscription des experts qui examine tous les ans les demandes de réinscription sur les listes.

Madame la Présidente, je vous passe la parole.

Mme B. HORBETTE, Présidente.- Merci, Monsieur le Président.

Vous aurez des orateurs de très grande qualité ce soir, dont je vais vous présenter les deux premiers assis à la tribune à ma droite :

M. Philippe HECKLE, Vice-président de l'UCECAP et Président de la Compagnie des Experts agricoles, agroalimentaires, environnementales et horticoles.

Il vous a dit ce matin, pour ceux qui étaient là, qu'il s'occupait des fleurs et des petits oiseaux, ce qui est poétique et charmant.

Il vous présentera les débats, tels qu'ils vont se dérouler.

A sa droite, Me Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au barreau de Paris, à qui nous céderons ensuite la parole.

Dans un premier temps, à vous, Monsieur le Président HECKLE.

M. E-P. HECKLE.- J'avoue qu'après l'exposé de Mr le Premier Président et le Procureur Général, je reste un peu sans voix, pour être très franc car il a été brillantissime sur le sujet.

Monsieur l'Avocat général, Messieurs les Présidents, mes chers confrères, depuis de très longues années le Président FAURY envisageait le thème du secret. Il nous en a parlé à plusieurs reprises.

Cette année, nous sommes sur le secret.

C'est une question d'autant plus délicate que je ne suis pas un obsédé textuel, mais néanmoins j'ai cherché partout du texte sur le secret et il y en a très peu.

Monsieur le Premier Président évoque les textes du pénal et le Code de la santé publique. Finalement, quand on y regarde de très près, à part cela et les documents sur le secret Défense qui sont assez abondants -et encore depuis une date récente-, il y a relativement peu de choses sur ce sujet.

La santé publique sera exposée tout à l'heure.

Deux thèmes très importants : l'article qui traite du secret professionnel, du secret médical et dans le code pénal l'article 226-13 qui traite de tous les collaborateurs, des médecins, tous ceux qui approchent de près ou de loin le dossier médical.

Question : quels secrets ?

Le secret de famille, le secret médical, le jardin secret de la jeunesse romantique, la combinaison secrète du coffre, de la bombe atomique, le secret d'alcôve, peut-être les agents secrets, le Tribunal secret qui était jadis le confessionnal, les fonds secrets et, dans cette maison prestigieuse, le secret de l'instruction.

Nous pourrions décliner à l'infini cette porte secrète qui nous conduit au thème de notre débat et de nos exposés aujourd'hui.

Cependant, la question est particulièrement délicate pour nous les experts qui avons vocation à travailler dans la transparence, à la recherche de la vérité dans une application stricte du contradictoire.

Pour les jeunes experts, ceux qui viennent d'être nommés ce matin, le contradictoire, le contradictoire et toujours le contradictoire.

C'est quelque chose qui va raisonner dans votre esprit matin et soir et la nuit en vous couchant. C'est le point fondamental.

Au milieu du contradictoire, que fait le secret ? C'est le sujet de notre débat.

Par définition, pour nous, il n'y a pas de combinaisons secrètes, il n'y a pas de mystère. Tout doit être divulgué, visible et très apparent. Dès lors, doit-on percer tous les secrets ? C'est une question.

Doit-on se mettre à l'abri de tous les secrets, voir de les analyser comme des non-dits car c'est aussi une solution ?

Il nous est tous arrivé, experts confirmés, à la fin d'une réunion d'expertise, que telle ou telle partie nous tire par la manche et nous dise : « *Monsieur l'expert, il y a un certain nombre de choses..., je n'ai pas pu tout dire lors de cette réunion* ». Je me souviens personnellement d'avoir eu besoin à deux reprises, tard le soir, de reprendre la réunion à zéro parce que l'une des parties m'avait dit cela. En effet, il faut tout exposer. Le cours des

débats et la procédure ont considérablement changé car cette partie, qui avait une clef particulière, a bien voulu nous la présenter.

Il convient de ne pas se laisser abuser ; abuser par telle ou telle partie qui a l'art et la manière de prendre des airs énigmatiques en réunion. Vous avez connu cela. Des types extraordinaires qui prennent des airs, pour finalement nous livrer ce que tout le monde avait déterminé de longue date, le fameux secret.

On avait tous compris, mais ils font durer la chose et cela arrive sur le tard.

Les différents aspects du secret seront exposés par Me de FONTBRESSIN et mes éminents confrères. Je ne veux pas empiéter sur leur temps de parole. Je donnerai un ultime petit conseil d'un vieux routier agriculteur, très rustique -j'ai les pieds sur la terre- : livrez au magistrat qui vous a mandaté tous les secrets de votre expertise.

Je vous remercie infiniment de votre attention.

(Applaudissements...)

Mme B. HORBETTE.- Merci, Monsieur le Président, de cette introduction pleine d'humour, de légèreté et de poésie, comme il sied à un expert en matière agricole.

Je vais passer la parole à Me de FONTBRESSIN, Avocat au barreau de Paris, qui va parler plus particulièrement du secret professionnel qui sera opposé à l'expert. Il est l'homme important pour les experts, les nouveaux qui ont prêté serment ce matin, puisqu'il sera notamment, comme tous les avocats, le garant du respect de la contradiction.

Me P. DE FONTBRESSIN.- Je vous remercie, Madame le Président.

Après ces si brillants et si complets exposés, je n'aurais qu'une seule envie : revendiquer le droit au silence.

Tout a été remarquablement dit et tout le champ des investigations du thème de ce colloque, dont on ne peut que féliciter du choix les organisateurs, a d'ores et déjà été tracé.

La question du secret opposé à l'expert amène à formuler une remarque liminaire. Dans un monde dans lequel on ne cesse quotidiennement de parler du "*droit à*" et où, à l'Université, il est courant de traiter de problèmes relatifs aux "*conflits de droits*", nous nous trouvons ici en présence d'un conflit de devoirs : d'une part, le devoir de l'expert de mener à bien une mission, de faire en sorte de collaborer à la recherche de la vérité, qui à son stade sera la vérité scientifique propre à conduire sur le chemin de la vérité judiciaire ; d'autre part, le devoir du détenteur d'un secret de le conserver.

En effet, le détenteur du secret n'est pas propriétaire de celui-ci.

Il assume un devoir à l'égard de celui qui le lui a confié, dont le manquement se trouve sanctionné pénalement dans le cadre des dispositions de l'article 226-13 du Code Pénal qui

dispose que : "*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.*"

Toutefois, en dépit de la clarté apparente de ce texte, d'emblée deux difficultés vont surgir :

Un certain nombre de professionnels ne sont pas nécessairement ceux auxquels nous pensons immédiatement à la lecture de l'article 226-13 du code pénal mais des personnes qui, à un titre quelconque, auront reçu une confiance ou des documents confidentiels et se prévaudront parfois du secret.

Par ailleurs, comme le soulignait fort bien Monsieur le Président HECKLE, il convient de savoir ce que l'on peut qualifier de secret en tant que tel.

A ces deux difficultés premières, on peut en ajouter une troisième pour l'expert qui est celle d'avoir la perspicacité de distinguer entre le véritable secret justifié et justifiable d'emblée sans que la moindre hésitation s'impose et l'invocation d'un prétendu secret par une partie aux fins de paralyser les opérations d'expertise, constitutive d'une de ces formes de dérives ou de pièges trop souvent tendus à l'expert.

Ainsi, diverses situations méritent d'être distinguées : celles où l'évidence s'impose et celles où le doute s'emparera de l'expert.

Les premiers cas concernent naturellement les hypothèses où des professionnels visés par l'article 226-13 du code pénal, seront en cause. Ceux-ci font l'objet de dispositions particulièrement rigoureuses au titre des articles 56-1 à 60-1 du code de procédure civile en cas de perquisition dans leur cabinet, bureau ou établissement en vue de la protection du secret : ce sont les avocats, les notaires, huissiers de justice, les médecins, pour qui le secret revêt professionnellement un caractère sacré en vertu d'un serment. Ils pourront à ce titre l'opposer immédiatement sans que le moindre risque de suspicion s'y attache.

Beaucoup plus délicate sera en revanche la question de l'invocation du secret des affaires.

Je n'empièterai pas sur l'exposé des intervenants de tout à l'heure mais force est de constater que ce secret ne se trouve défini nulle part de manière précise.

Il fait l'objet d'appréciations jurisprudentielles diverses et sera souvent l'occasion de bien des débats, spécialement dans le cadre de procédures de référé introduites sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile lorsque l'une des parties tentera, par un détournement de droit, d'obtenir ainsi des documents susceptibles de lui servir pour concurrencer à terme un adversaire.

En cas de doute avéré, l'expert ne saurait décider de lui-même si tel ou tel document revêt un caractère confidentiel lorsque confidentialité ou secret seront invoqués en cours d'expertise par des professionnels ou d'autres que ceux visés par les textes précédemment évoqués.

De l'évidence, nous passerons ici au domaine du doute et de la nuance où plus que jamais l'expert devra faire preuve de prudence.

Il faudra débattre contradictoirement de la question en s'attachant à toutes les nuances nécessaires.

Or, si l'on n'arrive pas à s'accorder, l'expert ne pourra pas, seul face à sa conscience, décider et forcer la citadelle du secret.

Il sera dans une situation de danger, d'obstacle à la poursuite de l'exercice de sa mission, en un mot de difficultés. Son premier réflexe devra dès lors être d'en référer immédiatement au juge selon les dispositions de l'article 279 du code de procédure civile.

En effet, seul celui-ci sera à même de trancher. L'éclaireur du juge ne saurait aller au-delà de sa capacité légale d'éclairage.

Il ne lui appartient pas de dire le droit.

Il en irait ainsi nécessairement s'il se prononçait sur la validité de l'opposabilité du secret, question de droit déjà fort délicate pour le juge lui-même ainsi que le rappelait Monsieur le Premier Président DEGRANDI il y a quelques instants.

On perçoit ici tous les risques de ce que notre regretté ami Gérard Rousseau, président d'honneur du CNCEJ, qualifiait de "*dérive de l'expertise*" pour tenter de faire échec au bon déroulement de celle-ci par tous les moyens.

On sait que de nos jours, de la manière la plus déplorable, il est fréquent d'assister à des tentatives de paralysie d'expertises par des récusations d'experts sous les prétextes les plus fantaisistes.

L'opposabilité d'un prétendu secret par une partie de mauvaise foi peut être l'occasion de placer l'expert en difficulté en lui disant : "*Monsieur l'expert, vous n'avez pas accepté la production de ce document*" ou au contraire "*Vous avez fait en sorte d'obtenir de manière plus ou moins coercitive ce document : C'est de votre part un manque d'impartialité*".

Il va sans dire que s'ensuivront demandes de récusation ou de remplacement de l'expert sur des fondements artificiels, autant d'entraves dans l'exercice de sa mission.

On conçoit dès lors à quel point pour résoudre le conflit du devoir pour l'expert d'accomplir sa mission et du devoir de préserver un secret qui, à l'inverse des situations de dérives ou d'abus précédemment dénoncés, peut parfois être très légitimement opposé par son détenteur, la référence au juge revêt un caractère essentiel.

Seul celui-ci sera à même de décider au titre de l'article 16 du code de procédure civile s'il existe ou non un empêchement légitime à la production d'une pièce.

Seul celui-ci sera à même de se prononcer au titre de l'article 10, alinéa 2 du code civil, sur le point de savoir si alors même que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en

vue de la manifestation de la vérité, une partie tente sans motif légitime de se soustraire à cette obligation.

D'une manière plus générale, une constatation s'impose.

Diligence de l'expert et protection du secret participent l'une et l'autre d'une finalité commune : le respect de règles indispensables à l'exercice d'une bonne justice dans un cadre qui est celui du procès équitable et des droits fondamentaux.

Ainsi l'expert ne devra jamais oublier que celui qui lui opposera le secret le fera peut-être au nom de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le respect de l'intimité de la vie privée alors que pour sa part, il se devra d'œuvrer pour que son expertise corresponde parfaitement aux impératifs de l'article 6 de la Convention.

Dans les cas de figure susvisés où le juge seul sera à même de trancher, il devra le faire conformément à ce texte dont il se doit de garantir la primauté.

Nous devons tous avoir conscience qu'aujourd'hui et plus que jamais encore depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le biais du traité de Lisbonne, nous vivons dans un espace de droit où le respect de la dignité humaine à laquelle s'attache parfois le secret, ainsi que le respect des règles du procès équitable doivent à chaque instant prévaloir.

A cette occasion, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme a vocation à s'appliquer au plan vertical dans les relations entre les individus et l'État mais aussi au plan horizontal dans les relations des individus entre eux, l'État devant demeurer le garant en toutes circonstances du respect des droits fondamentaux.

Parce que le juge lui a donné mission de participer dans le domaine de la science ou de la technique qui lui est propre à l'œuvre de justice, l'expert, comme le juge, engage l'ensemble de l'institution judiciaire au regard du respect des droits fondamentaux au nombre desquels l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'agissant du respect de l'intimité de la vie privée, est associée au secret.

On perçoit alors à quel point la mission de l'expert peut être lourde dès lors que la plus petite expertise est à même d'engager la justice de notre pays tout entière et à quel point l'imprécision, la négligence, l'abus d'autorité ou le doute mal maîtrisés peuvent être de nature à mettre en cause l'ensemble du procès.

A cet égard, au cœur de ce conflit de devoirs, pour conclure sur le lien entre respect du secret et respect des règles du procès équitable qui ne sauraient se satisfaire l'un et l'autre d'aucune dérive, il n'est peut-être pas inutile de citer le Président Dean SPIELMANN, avocat et actuel président de la Cour européenne des droits de l'homme qui dans un article consacré au secret professionnel de l'avocat, a pu récemment déclarer : "*Le respect du secret professionnel constitue une garantie essentielle du caractère effectif du procès équitable*".

Il ressort manifestement de ces propos que si à l'occasion d'une expertise ou d'un procès, l'expert ou le juge ne respectent pas scrupuleusement le secret professionnel, c'est le procès équitable tout entier qui se trouve remis en cause.

(Applaudissements...).

Mme B. HORBETTE.- Merci pour cet éclairage sur le secret professionnel et son respect par l'expert.

J'espère que cet exposé ne vous a pas trop inquiétés, vous les nouveaux experts, car il a brandi quelques chiffons rouges et a tracé quelque lignes à ne pas dépasser et, malheur à celui qui les dépasserait, car il encourrait les foudres, non pas seulement de la justice française, vous l'avez compris, mais de la justice européenne, ce qui est bien plus grave.

Après cet exposé, nous allons avoir l'intervention du professeur Denis SAFRAN qui va nous parler d'une autre sorte de secret dont il a déjà été question préalablement depuis le début de ce colloque, qui est le secret médical, dont -vous l'avez compris- la situation et le sort sont peut-être un peu différents et en tout cas différemment appréhendés par ses acteurs que sont le médecin d'une part et l'expert d'autre part.

M. Denis SAFRAN est le Président de la Compagnie des experts médecins et, à ce titre, il va nous parler du secret médical.

M. Le Pr SAFRAN.- Merci, madame la présidente.

Je présente mes excuses auprès des médecins et des scientifiques qui sont habitués à travailler avec un power point que l'on m'a demandé de préparer, mais on n'a pas mis à ma disposition un projecteur.

Nous ne sommes pas dans le même esprit mais, en tant qu'universitaire, je vais faire mon possible pour « retomber sur mes pattes » et essayer de vous éclairer.

Comme vous le disiez, Madame la Présidente, le problème du secret médical en expertise, puisque c'est bien de cela dont il s'agit, est un problème tout à fait particulier car le médecin peut être expert, il n'en demeure pas moins médecin, à savoir membre d'une profession réglementée, soumis à un code de déontologie, lequel code de déontologie fait force de loi, puisqu'il est inclus dans le Code de la santé publique, plus précisément aux articles 41-27 alinéas 1 à 112 dudit Code de la santé publique qui vont obliger le médecin en général, et le médecin expert en particulier, à un certain nombre d'obligations, notamment en matière de préservation du secret médical, nonobstant l'obligation du caractère contradictoire des opérations d'expertise.

Il va donc falloir parfois jongler quelque peu mais, heureusement, nous avons ce code de déontologie qui nous garantit que les choses puissent être faites.

Lors des opérations d'expertise, comme dans toute discipline expertale, le débat technique nécessite de s'appuyer sur des pièces. Je n'apprendrai rien à personne.

Quelles sont les pièces en médecine ? Ce sont les éléments du dossier médical.

Or, comme je vous l'ai dit, l'expert médecin reste un médecin, il est soumis au respect du secret médical et va devoir se procurer les pièces nécessaires à son travail d'une façon très particulière.

En effet, les informations médicales, comme vous le savez, sont couvertes par le secret médical. Quelles sont ces informations ? L'ensemble des informations formalisées sur la santé d'une personne, détenues par les professionnels et les établissements de santé dans un but de soin, de diagnostic ou de prévention.

L'article 4 du Code de déontologie médicale, Code de la santé publique article 41-27 alinéa 4 nous dit que : les informations couvertes, c'est tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, y compris au cours de l'expertise, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié mais aussi ce qu'il a vu, ce qu'il a entendu, ce qu'il a compris, voire ce qu'il a deviné.

Le secret professionnel s'impose à tout médecin (article 4 du code de déontologie). Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent (secrétaires, infirmières, aides soignantes) soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment.

Par exemple, en matière d'expertise, si vous faites dactylographier votre expertise par un secrétariat, que vous faites des envois par mail ou par toute autre voie, bien entendu, pour tous les gens qui vont avoir à manipuler votre rapport et les documents afférents à ce rapport, vous devrez vous assurer que le secret médical est parfaitement respecté car il en va de votre responsabilité.

Article 23 du code de déontologie : « *Le médecin doit protéger de toute indiscrétion les documents médicaux et les informations médicales dont il est le détenteur* ».

Enfin, le médecin expert est soumis à un certain nombre d'obligations incluses de façon explicite dans le Code de déontologie médicale, en particulier dans les articles 105 à 108 de ce dit code ou 4127-105-108 du Code de santé public et en particulier son article 118 qui dit : « *Dans le cadre de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise* ».

Va se poser le problème de l'accès aux informations médicales. L'accès aux informations médicales pour le médecin n'est pas forcément une situation simple. Qui a droit à l'accès aux informations médicales ? Le patient vivant majeur à droit à l'accès de l'ensemble des informations contenues dans son dossier médical. C'est clair. Le patient y a droit.

Pour le patient vivant mineur, c'est le patient ou les titulaires de l'autorité parentale qui ont droit à l'accès à l'ensemble des informations médicales. C'est la loi.

Quand il y a demande de communication du dossier médical au patient lui-même ou au titulaire de l'autorité parentale, s'il est mineur, nous devons lui fournir.

Quand il s'agit d'un patient décédé, les ayants droit peuvent exercer leur droit à l'accès aux informations médicales sous certaines conditions. Ils doivent motiver cette demande. En effet, les ayants droit d'un patient décédé peuvent demander communication des pièces médicales dans trois cas : soit pour connaître les causes de la mort, soit pour défendre la mémoire du défunt soit, enfin, pour faire-valoir leurs droits, en particulier en matière d'assurance.

A ce moment- là, ils ont droit à l'accès au dossier médical, non pas à l'ensemble du dossier médical, mais aux informations qui répondent à la motivation de la demande.

Que va faire l'expert pour obtenir ces informations ? L'accès aux informations médicales : l'expert n'est pas du tout prévu dans ce schéma. Il n'est indiqué nulle part dans le Code de la santé publique que l'expert médical a le droit d'accéder au dossier médical.

Comment les pièces vont-elles arriver à l'expert médecin ?

Tout dépend du type de procédure à laquelle nous sommes confrontés.

En matière pénale, par exemple, l'expert doit obtenir les documents, mais ces pièces doivent uniquement lui parvenir sous scellés fermés afin d'assurer le maintien du secret médical tout au long de la chaîne et du cheminement de ce dossier médical.

Pour cela il y aura une saisie en présence obligatoirement d'un représentant de l'Ordre des médecins, en présence du médecin lui-même et, s'il s'agit d'un établissement de santé, en présence du chef de service ou de son représentant et du directeur de l'établissement ou de son représentant, encore une fois si nous sommes dans le cadre d'un établissement de santé.

Ces documents doivent être placés par l'officier de police judiciaire sur commission rogatoire du magistrat instructeur en présence de l'ensemble de ces personnages et le scellé doit être fermé et garanti par un cachet de cire dans une pochette opaque.

En procédure civile et en procédure administrative, la situation est un peu différente, puisque nous sommes en procédure contradictoire et que l'ensemble des parties doit être en possession des mêmes pièces.

En effet, l'expert doit veiller à tout moment au respect du caractère contradictoire des opérations qu'il dirige, notamment concernant la communication des pièces. Vous l'avez déjà entendu précédemment.

Quand une partie est représentée, la communication du dossier obtenu par le patient lui-même, selon les modalités que je vous ai indiquées précédemment, qui répondent aux prescriptions de la loi de 2004, loi Kouchner, doit être faite par le conseil de cette partie qui doit communiquer les pièces à l'expert selon un bordereau, les pièces étant numérotées et il doit assurer le caractère contradictoire de la communication des pièces, à savoir qu'une copie de l'intégralité de ces pièces doit être transmise à ses contradicteurs.

Quand il s'agit d'une partie non représentée, l'expert demande à cette partie d'assurer elle-même la diffusion contradictoire des pièces.

Si l'expert reçoit des pièces directement, sans qu'il soit avisé par écrit que cet envoi s'est fait selon la procédure contradictoire, il a deux solutions : soit il photocopie ces pièces et les renvoie à l'ensemble des parties qui n'en auraient pas été destinataires, ce qui constitue un travail considérable quand le dossier est très épais, ou il retourne l'ensemble des pièces à l'expéditeur en lui demandant de bien vouloir les adresser de façon contradictoire à l'ensemble des parties.

Concernant l'expertise médicale, contrairement à beaucoup d'autres disciplines expertales, il existe une contradiction sans jeu de mots.

L'article 243 du Code de procédure civile nous dit : « Le technicien peut demander communication de tout document aux parties et aux tiers, sauf au juge à l'ordonner ».

Quand le magistrat vous adressera une ordonnance ou un jugement, il ne manquera pas de vous indiquer dans cette ordonnance ou ce jugement que vous, experts, conformément à cet article 243 du Code de Procédure civile, vous pouvez demander communication des documents.

Néanmoins, les établissements de santé et les médecins sont tenus de protéger la confidentialité des informations médicales, et l'accès aux informations est uniquement possible par le patient et par les ayants droit, comme je vous l'ai dit précédemment, conformément à l'article L.1112-1 du Code de santé publique. C'est la loi dite Kouchner du 4 mars 2002.

En aucun cas, le magistrat, arguant de l'article 243 du Code de Procédure civile, ne peut vous exonérer de votre obligation d'obtenir les pièces médicales autrement que par les voies réglementaires, c'est-à-dire directement du patient ou de ses ayants droit, ou vous-même directement après que le patient vous en est autorisé par écrit avec copie recto verso de sa carte d'identité accompagnant cette autorisation.

Le secret médical ne peut être annulé, y compris par un magistrat.

Pour l'expert, de deux choses l'une : soit le patient a récupéré son dossier, il le communique à l'expert par l'intermédiaire de son avocat qui le fera de façon contradictoire, soit vous recevrez directement les pièces et c'est à vous d'assurer la communication contradictoire, ce que je déconseille formellement car c'est le travail des avocats.

Bien entendu, si les avocats vous transmettent ces pièces, c'est selon bordereau avec les pièces numérotées.

Attention à une particularité en procédure administrative : ce n'est pas un médecin qui va transmettre le dossier au patient mais l'établissement, puisque nous sommes en procédure administrative. Il faut bien vérifier que ces pièces sont numérotées selon bordereau et sont bien adressées à l'ensemble des parties.

Pour conclure, l'expert médecin est un expert à part car, comme je vous l'ai dit en préambule, c'est une profession réglementée, nous sommes soumis à un code et que nul ne saurait vous exonérer du secret médical.

Comme l'a dit le Professeur VILLET, un célèbre président du Conseil de l'Ordre : « *Le secret médical reste l'un des piliers de l'exercice de la médecine contemporaine. Il n'y a pas de soins sans confidences, mais il n'y a pas de confidences sans confiance et, enfin, il n'y a pas de confiance sans secret* ».

Je vous remercie.

(Applaudissements...).

Mme B. HORBETTE.- Merci beaucoup, Monsieur le Professeur SAFRAN, de nous avoir dévoilé les contours d'un secret qui est le vôtre au quotidien, qui est le secret médical, surtout quand ce secret médical est pratiqué dans le cadre d'une expertise dont nous avons vu qu'elle ne se présente pas de la même manière que ce qui avait été indiqué précédemment par Me de FONTBRESSIN pour le secret professionnel.

Nous allons voir tout au long de ce colloque les différentes formes que pourra prendre ce secret et les différentes solutions que l'on peut y apporter, soit pour y faire face, soit pour le rendre conciliable, si la conciliation est possible, avec le respect du principe de la contradiction.

Nous allons le voir à propos d'un autre secret qui est le secret des psychologues qui va vous être exposé par M. PHESANS, le président de la Compagnie des experts psychologues, à qui je vais céder la parole.

M. B. PHESANS.- Je vous remercie beaucoup, Madame le Président.

Je ne vais pas monopoliser la parole car si les psychologues ne sont pas médecins ni paramédicaux, ils appartiennent néanmoins au corps des professionnels de la santé et répondent aux mêmes contraintes concernant le secret professionnel, que l'on ne peut pas appeler secret médical chez nous mais qui correspond aux mêmes règles de secret.

Je vous renvoie à un excellent article que notre Secrétaire générale, Madame Geneviève CEDILE, a écrit dans le fascicule pénal du Tribunal du mois de décembre 2011. Elle a parlé de la spécificité pour les psychologues même si plutôt dans une orientation vers la pratique du psychologue et moins la pratique psycho-légale.

Concernant l'expertise, je voudrais soulever deux points différents.

Je vais vous montrer concrètement, dans la pratique du psychologue et en particulier dans cette fonction d'expert, à quoi vous pouvez être confrontés.

Mon confrère le Professeur SAFRAN vous a parlé d'un cadre de procédure civile, mais je vais vous parler du cadre de la procédure pénale car les psychologues – comme les

psychiatres – interviennent beaucoup et même souvent dans les procédures pénales et moins dans les procédures civiles.

Tout d'abord, quelque chose qui a été dit par M. le Premier Président et le M. le Procureur Général : il y a, certes, le secret professionnel quand on fait des expertises, mais celui-ci s'avère être double dans notre cas.

En effet, quand on fait des expertises pénales, on est soumis à un double secret : le secret professionnel et le secret de l'instruction. Une situation fréquente survient à l'occasion des expertises psychologiques d'enfants ou de mineurs – enfants ici s'entend des mineurs de moins de 15 ans – car si on peut faire une partie de l'entretien clinique avec les parents, il y a toujours une partie au moins sans les parents. C'est une nécessité sur un strict plan clinique de recueillir la parole de l'enfant seul, hors la présence d'un parent. Dans cette situation, ensuite, les parents se tournent vers l'expert et demandent ce qu'il en est de leur enfant sur le plan psychologique – dans le cas d'un enfant victime par exemple, est-il traumatisé ? Et, par exemple quelle conduite tenir pour les parents ou devant la nécessité d'une éventuelle prise en charge psychologique.

Avons-nous à répondre ?

Premièrement : étant psychologue nous avons à répondre. C'est un mineur, les parents sont là et représentent l'autorité légale. Ils s'inquiètent de façon légitime pour leur enfant et son avenir. Nous devons répondre.

Deuxièmement : étant expert nous n'avons pas à répondre. Etant expert dans une procédure d'instruction, normalement on ne doit pas répondre selon le secret de l'instruction.

Que faire ? Je ne prétends pas avoir la bonne réponse. Vous serez confrontés à ce genre de difficulté, difficulté importante s'il en est et qui devient de plus en plus lourde car, avec notre monde moderne et l'évolution de la culture, l'enfance se transforme plus en plus en cette *valeur sacrée* évoquée auparavant par Monsieur le Premier Président, devant laquelle il n'est plus possible de réagir et de penser normalement.

Cela a le mérite, en tous les cas, d'être un profond motif de réflexion, et notamment du fait que, tout comme mon collègue, le Professeur SAFRAN, je suis astreint au régime de spécialité, j'ai une mission avec des questions spécifiques et je dois dire les choses qui sont utiles pour répondre aux questions posées dans le cadre de cette mission.

D'une façon générale cependant, dans tous les domaines ce secret professionnel s'impose de telle façon que même le patient ne peut pas nous délier de ce secret, le voudrait-il. La règle du secret professionnel s'impose et est donc notre affaire et non celle du patient qui doit pouvoir se sentir protégé.

Il convient pourtant de signaler que l'importance de cette question, notamment concernant les mineurs, est si grande que les réflexions qui l'entourent entraînent sans cesse son évolution. Ainsi, la loi a fortement évolué. Certes, il y a l'article 4127-43 du Code de santé publique qui dit que nous sommes les défenseurs – pour les médecins de la santé

de l'enfant –, pour nous psychologues, professionnels de santé, de l'intérêt de l'enfant entendu comme le maintien de sa bonne santé mentale ou psychique. C'est comme cela que les questions sont posées dans le cadre de l'expertise : que faut-il faire dans l'intérêt de l'avenir psychologique de l'enfant ? Ainsi, la loi a pu être aménagée en fonction de cette contradiction touchant ce secret professionnel dans le cas des enfants car il faut tout à la fois dire les choses dans l'intérêt de l'enfant et tout à la fois ne pas les dire dans le respect du secret.

La réflexion s'est donc construite, dans le domaine psychologique, comme si l'enfant et son intérêt constituaient cette valeur supérieure. Dès lors, une nouvelle loi a pu voir le jour le 5 mars 2007 ; loi qui a remanié la protection de l'enfant et réexpliqué certains articles. Elle a créé une instance régionale qui a revu les choses dans le cadre de la protection de l'enfant pour autoriser légalement tous les professionnels à échanger des informations dans le cadre d'une cellule départementale de recueil et d'évaluation des informations préoccupantes en donnant, dans le même mouvement, une place particulière au Président du Conseil régional.

C'est ainsi qu'a été mis en place un ensemble de professionnels et de cellules, de commissions, de gens qui prennent en main ces informations ; informations préoccupantes fondant et structurant un signalement sans que celui-ci ne déclenche – automatiquement – une affaire judiciaire. Et dans cette Cellule départementale le législateur a réuni les psychologues, les médecins, les éducateurs, les assistantes sociales, etc. et tous ensemble cette fois et en toute légalité, partageant les informations, peuvent évaluer et étudier le danger dans lequel se trouve éventuellement un enfant. Situation aboutissant soit à la saisie d'un magistrat, soit à la saisie d'une commission spécialisée où, là, de nouveau, le secret professionnel sera la règle.

En matière psychologique, cette situation se rencontre fréquemment. Quand il s'agit d'un enfant, il convient d'être particulièrement attentif – mais c'est aussi valable pour les majeurs protégés – à votre comportement envers les parents, les institutions et les autorités légales.

(Applaudissements...).

Mme B. HORBETTE.- Merci, Monsieur.

M. PHESANS vient de nous parler de la protection d'un secret particulier qui serait presque le secret de l'enfance, le secret du trouble de l'enfant, en nous disant que d'une certaine manière, alors qu'un certain procès avait cru que la parole de l'enfant se désacralisait, la loi récente semble au contraire la sacraliser un peu plus, puisque la parole de cet enfant ne peut pas être révélée à qui que ce soit, et pas par l'expert qui l'aura entendue, à d'autres qu'au juge.

Nous allons changer tout à fait de secret et voir ce qu'il en est de la protection d'un autre des secrets, dont on a pu contester qu'il s'agisse d'un véritable secret, puisque Me de FONTBRESSIN l'a rappelé, il n'est inscrit dans aucun texte, qui est le secret des affaires.

M. Didier CARDON, le Président de la Compagnie des experts en comptabilité, va nous en parler.

M. D. CARDON.- Merci, Madame le Président.

C'est parce que c'est un secret qui n'est pas spécialement défini que je vais vous en parler. Quand Me de FONTBRESSIN évoquait un certain moment le secret professionnel, comme vous l'avez compris, le secret professionnel existe en raison de la fonction de la personne, alors que le secret des affaires sera lié à une activité professionnelle.

J'ai essayé de voir si l'on pouvait trouver une définition légale de jurisprudence. Je n'en ai pas trouvé.

Je suis allé voir les bons auteurs et j'ai trouvé un excellent auteur, Didier FAURY qui, déjà le 5 octobre 2001, lors de la Journée d'étude des experts comptables de justice qui se tenait à la Cour d'appel de Rennes, donnait une définition du secret des affaires : « *Ce sont les informations dont la diffusion serait de nature à être préjudiciable en termes concurrentiels* ».

C'est une définition qui n'a jamais jusqu'à présent été remise en cause, et je pense qu'elle donne une bonne ouverture et une bonne approche de cette question.

On va la trouver dans deux domaines : sur tout ce qui va concerner le capital intellectuel de l'entreprise et sa situation économique.

Le capital intellectuel : le savoir-faire, l'organisation, les procédés de distribution, les tours de main, tout ce qui n'est pas brevetable et protégeable dans le cadre de la loi sur la propriété industrielle, les fichiers clients, les conditions quand vous adhérez à une centrale d'achat et, dans le cas de groupes de franchise où le franchiseur a des remises particulières. C'est là où ils font une bonne partie de leur marge auprès des fournisseurs ou des centrales d'achat, qu'ils ne rediffusent pas forcément à leurs franchisés.

Ce peut être des informations qui relèvent du coût de revient de la société, des marges par produit, des plans stratégiques, des nouveaux produits qui vont sortir, etc.

Une fois que l'on a défini la question, on approche le secret des affaires qui n'est défini par aucun texte ; on va regarder si une jurisprudence tourne autour de ce secret des affaires qui lui-même n'a pas été défini par ladite jurisprudence.

Un premier principe rappelé par M. le Président DEGRANDI : l'article 10 du Code civil. Je ne me lasse jamais de le relire : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui sans motif légitime se soustrait à cette obligation lorsqu'il a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire au besoin par astreinte...* ».

On se rend compte que la partie qui va revendiquer le secret des affaires, le bénéficie du secret des affaires en ne fournissant pas à l'expert tel ou tel document parce que cela va le mettre en péril, pour qu'elle fasse échec à cette règle fondamentale, le principe de la contradiction dont vous avez entendu parler à de nombreuses reprises aujourd'hui, doit

non seulement exciper d'un motif légitime et surtout rapporter la preuve effective de la légitimité du motif invoqué. Elle doit apporter la preuve que la transmission des informations demandées lui causerait un préjudice.

Cela revient à prouver que si je fournis mes marges sur tel ou tel produit, la liste de mon fichier clients, etc., je vais subir un préjudice.

Quand on regarde les décisions de la jurisprudence, elles ne définissent pas ce qui est concerné par le secret des affaires, mais cela a été tranché.

La plupart des décisions recensées n'évoquent le secret des affaires que sous l'angle d'un obstacle éventuel à une mesure d'instruction préventive et non comme une difficulté rencontrée lors des mesures d'instruction.

Il y a ce que l'on appelle l'expertise in futurum, celle prévue par l'article 145 du Code de procédure civile : *« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès -on est avant l'instance judiciaire - la preuve des 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 »*.

Là, l'expert intervient avant le litige, mais il est nommé par une ordonnance sur délégation du président du Tribunal de Grande Instance ou du Tribunal de Commerce en matière civile ou commerciale et il y aura une expertise.

La jurisprudence estime que le secret des affaires dans certains cas ne peut constituer en lui-même un obstacle à l'application de cet article. A l'inverse, elle a jugé que le risque de divulgation d'informations confidentielles doit faire rejeter l'expertise et que ce risque de divulgation doit conduire à modifier l'intitulé d'une mission de constat ou d'expertise.

Pour être tout à fait complet, on peut noter aussi qu'à de nombreuses reprises la Cour de cassation a estimé qu'une mesure, au travers de l'article 145, ne devait pas attenter au secret de la vie des affaires.

En fait, le juge estime qu'il ne doit pas évincer le secret des affaires comme une réglementation superflue, mais faire du secret des affaires un paramètre du motif légitime et d'apprécier dans chaque cas d'espèce, si les intérêts allégués par le demandeur sont de nature ou non à l'emporter sur la sauvegarde des secrets invoqués par son adversaire.

L'emblème de la justice est la balance. Il apparaît assez logique que l'on pèse dans chaque cas d'espèce cette opposition entre le respect absolu de la contradiction et l'évocation du secret des affaires. Ce secret des affaires n'existe pas et cela a été rappelé par Monsieur le Procureur Général, en matière de droit pénal, au niveau du Parquet ou du juge d'instruction, car il n'est pas opposable. C'est la manifestation absolue de la vérité.

Il a aussi été évoqué par Monsieur le Procureur Général ce projet de loi sur le secret des affaires. Ce projet de loi avait été adopté par l'Assemblée Nationale en janvier 2012, bloqué par le Sénat et, depuis, il s'est passé un certain nombre de choses et d'urgences, plus urgentes que de légiférer sur le secret des affaires, sachant que cela a posé des problèmes

qui n'ont pas été tous résolus : le chef d'entreprise qui décidait dans son entreprise ce qui ressortait du secret des affaires ou pas et, en cas de violation par ses salariés du secret des affaires, les sanctions pouvaient aller jusqu'à 375 000 € d'amende et 3 ans d'emprisonnement. Vous pouviez aussi avoir les deux peines.

Le Conseil d'Etat a émis des réserves en considérant que ce secret était d'ordre public et que ce n'était pas au chef d'entreprise de décider de ce qui était secret ou pas.

Par ailleurs, on l'a bien vu au niveau du problème du « médiateur » : est-ce qu'avec la liberté de la presse et de ses sources, cette dernière pouvait s'affranchir du secret des affaires ? Cela n'a pas été tranché. M. CARAYON, député du Tarn, est le rapporteur de ce projet qui, pour le moment, est en cours de réflexion.

Grâce à notre Président FAURY, on a trouvé une définition. On voit que la jurisprudence ne définit pas des repères de bons sens. Donc, concrètement, vous êtes experts de justice, fraîchement nommés, et vous rencontrez ce cas de figure.

Quelles sont les solutions que vous avez pour résoudre cette inéquation impossible sans l'accord des parties ?

J'en connais trois :

- 1) L'expert examine les documents et la partie remet uniquement à l'expert ses documents avec l'accord de l'autre partie, qui elle ne les a pas. On ne peut le faire qu'avec l'accord des parties. Le principe de la contradiction recouvre des choses très précises (ce n'est pas n'importe quoi). Dans ce cas de figure, l'expert qui a examiné les documents qu'il a eus et pas la partie défenderesse, va rédiger une note en tirant les conclusions qui ressortent de son examen non contradictoire pour que la partie qui n'a pas eu ces pièces puisse formuler toute observation. C'est une façon de faire rentrer dans la contradiction cette particularité qui ne respecte pas à 100 % le principe de la contradiction.

Par exemple, si c'est une affaire de concurrence déloyale, vous avez demandé les fichiers clients des deux entités, la nouvelle et l'ancienne, celle qui s'estime victime de concurrence déloyale, et vous avez trouvé cinq clients communs.

La partie va vous dire : « *Monsieur l'expert je sais qu'il y a le Crédit Agricole, cherchez à la lettre CA ou par abréviation, ou la société Dupont a une filiale qui s'appelle Durand et regardez ce que vous trouvez* ». Ce peut être un sigle, une filiale, etc.

De ce dialogue, on va faire rentrer dans la contradiction les constatations que vous avez effectuées seul.

- 2) Vous avez l'accord des parties pour que ce soit vous qui examiniez avec leurs avocats. Seuls les avocats peuvent venir consulter les documents que l'une des parties vous a communiqués. Dans le domaine du chiffre, les avocats ne sont pas toujours très intéressés par la partie comptabilité. De temps en temps, on en trouve qui se passionnent pour cette matière. Ils respectent l'engagement de

confidentialité par rapport à leur mandant et ne peuvent pas recopier, par exemple, la totalité de la liste des clients.

Dans les affaires de montant important, vous avez ce que l'on appelle les experts de partie qui, en général, dans le domaine du chiffre, sont des experts-comptables et souvent des experts-comptables de justice qui connaissent parfaitement les règles - ils ont prêté le même serment- et vont avoir accès aux documents et s'engagent vis-à-vis de leur client ou des avocats à ne pas les divulguer.

- 3) Troisième solution que je n'aime pas beaucoup : l'expert reçoit la totalité des documents et l'autre partie les mêmes documents mais tronqués. On a soit enlevé l'entête, le solde du relevé bancaire, etc., avec des blancs.

Le gros danger, c'est que l'expert se prenne « les pieds dans le tapis » et, quand il va sortir son document de synthèse à la phase conclusive et après son rapport définitif, emporté par sa fougue, soit dans son rapport, soit en annexe, il va photocopier ou recopier les documents qu'il a reçus en vérifiant qu'il n'a pas deux versions, avec le plan et sans plan, etc.

Pour terminer cet exposé, deux cas de figure possibles :

- Soit c'est le demandeur qui met en avant le secret des affaires. C'est le cas quand le demandeur a été victime d'un préjudice : une machine ne fonctionne pas ; il va assigner le fabricant de la machine, mais comme celui-ci alimente toutes les autres entreprises de la place, l'entreprise victime n'a pas envie que ses marges, bénéfices et prix de revient soient sur la place publique. C'est donc le demandeur qui va opposer de manière absolue le secret des affaires mais il lui appartient d'apporter la preuve. Ce n'est pas à l'expert d'aller chercher la preuve en matière civile ou commerciale.

Si le demandeur ne veut rien donner, le juge va trancher et probablement dire que s'il ne veut rien donner, on ne peut pas inventer le préjudice.

Soit le demandeur va accepter, avec l'un des trois cas de figure que j'ai évoqués, ou éventuellement abandonner un peu le secret des affaires vis-à-vis de l'autre partie.

- Soit le défendeur va opposer le secret des affaires ; il est, par exemple, victime d'une concurrence déloyale. Il ne va pas en plus donner ses fichiers, pas plus que la partie adverse.

Le demandeur qui lui va demander quelque chose va accepter une certaine restriction au principe de la contradiction, pour permettre à l'expertise de continuer soit, s'il prend une position absolue, il ne va rien se passer, car l'expert ne pourra pas avancer.

Deux notions se télescopent et ne peuvent pas cohabiter à 100 %.

- Soit on a le principe de la contradiction qui est une règle absolue (article 10), soit on se place sous la protection du secret des affaires

C'est une exception qui ne saurait être utilisée de façon abusive mais il n'y a pas de véritable solution pour éviter le déblocage.

- C'est ou bien une renonciation au strict respect du secret des affaires, ou bien une renonciation au strict respect du principe de la contradiction. C'est ce qui fait le charme et l'intérêt de l'expertise : les choses ne sont pas toujours blanches ou noires, elles sont grises. Le tout est d'apprécier la couleur du gris qui est souvent nuancée sur notre palette !

(Applaudissements...).

Mme B. HORBETTE.- Merci beaucoup, Monsieur le Président M. CARDON d'avoir fait cet effort de théoriser et de systématiser une matière qui ne l'est pas pour l'instant, car il n'y a pas de texte et, à ma connaissance, très peu de jurisprudence sur le sujet.

C'est un sujet difficile, auquel vous avez (je vous en remercie au nom de la salle) essayé d'apporter des solutions concrètes et votre savoir-faire en la matière pour expliquer aux experts comment ils pouvaient essayer de se sortir de ces difficultés en matière de secret des affaires.

Après le secret des affaires, nous allons passer à un tout autre type de secret, qui est un secret particulier, dont on parle beaucoup et dont l'actualité s'est souvent largement fait l'écho car elle est parfois intervenue dans des affaires dites politiques : le secret Défense.

Pour nous l'exposer, l'amiral Jean-Louis BARBIER, membre de la Compagnie des ingénieurs.

M. J-L. BARBIER.- Merci, Madame le Président.

Comment capter votre attention après deux heures très denses, après des exposés si captivants, alors que tout a été dit?

Un vrai défi à relever en fin de journée !

Peut-être en vous disant qu'à partir de maintenant vous entrez dans un monde à part, celui de la Défense, dont rien n'a été dévoilé jusqu'à présent au cours de ce colloque, où la plupart des domaines sont sensibles, mais pas tous, où tout ce qui n'est pas prescrit est interdit, où tout est codifié, sans laisser de place à l'improvisation ou à la jurisprudence, où le secret est très présent, à tel point que j'aurais pu résumer mon intervention en vous disant simplement: "la défense, c'est secret" et cédé mon temps de parole aux autres orateurs.

Accordez-moi quelques minutes pour vous décrire succinctement la forteresse du secret de la défense nationale et découvrir comment y pénétrer pour répondre au besoin de la manifestation de la vérité.

Un court rappel historique.

De longue date, le législateur a décidé que des informations à caractère secret, comme le secret de la défense nationale, devaient bénéficier d'une stricte protection juridique.

Après le décret de la Convention du 16 juin 1793 et le code pénal de 1810 punissant de mort l'espionnage puis l'intelligence avec une puissance étrangère, la loi du 18 avril 1886 a établi la protection juridique des plans, des écrits et des documents secrets intéressant la défense du territoire et la sûreté extérieure de l'État.

L'expression de secret de la défense nationale, apparue dans un décret-loi du 29 juillet 1939, a été conservée dans le code pénal, qui édicte (Article 4.9) : « Présentent un caractère de secret de la défense nationale les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ».

La France n'est pas un cas isolé : les États protègent usuellement leurs informations classifiées dans leur droit pénal, et les organisations internationales le font en s'appuyant sur les dispositions du droit national de leurs membres.

Défini aujourd'hui dans des articles du code pénal, dans le code de la défense et diverses directives et instructions d'application, le secret de la défense nationale, c'est

Des principes,

Une organisation,

Des mesures relatives aux informations et aux supports,

Des mesures relatives aux réseaux informatiques,

Des mesures relatives aux lieux, aux locaux,

Des mesures relatives aux personnes,

Des mesures concernant les contrats passés avec les entreprises.

Hors de question de tout détailler ce soir, mais simplement mettre l'accent sur les points forts et vous dire si une ouverture peut être pratiquée dans cette forteresse pour les besoins d'expertise

LES FONDEMENTS

La défense nationale constitue une cible majeure pour les organismes étrangers et les individus ou groupes visant à déstabiliser l'État ou la société. Cette menace couvre tous les domaines d'activités relevant de la défense et de la sécurité nationale: politique, militaire, diplomatique, économique, scientifique, industriel.

Aussi certaines informations concernant la défense et la sécurité nécessitent-elles une protection particulière pour en limiter et contrôler leur diffusion.

LES PRINCIPES

Sont classifiées les informations dont la divulgation est jugée de nature à porter atteinte à la défense et à la sécurité de l'état.

La décision de classer au titre de la défense nationale une information ou un support est une décision de l'émetteur du document et a pour conséquence de le placer sous la protection spécifique du code pénal

Quels niveaux de protection et pour quels secrets?

Du plus élevé au moins élevé,

TRÈS SECRET DÉFENSE

Niveau de classification réservé aux informations et supports qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense et de sécurité nationale, dont la divulgation est de nature à nuire très gravement à la défense nationale.

Les informations TSD sont traitées par un réseau particulier des plus stricts, réservé aux classifications spéciales, qui vont au-delà des mesures qui vont être mentionnées dans cet exposé. Ces mesures sont-elles mêmes classifiées, je ne peux donc pas vous en parler ce soir. Je vous l'avais dit, je ne pourrai pas tout vous dire !

Quelles sont ces informations?

Domaine politique: plans de défense et de sécurité,

Domaine militaire: performance des armements stratégiques

Domaine industriel: programmes stratégiques

SECRET DÉFENSE

Niveau réservé aux informations et supports, dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale.

Domaine politique: Planification, niveaux d'alerte des forces

Domaine militaire: performances de certains équipements, plans d'opération, comptes rendus

Domaine diplomatique: accords particuliers ou clauses particulières de certains accords de défense,

Domaine scientifique: recherche et technologie dans certains sujets

Domaine industriel: plan de production d'armements stratégiques, recherche et développement

CONFIDENTIEL DÉFENSE

Niveau réservé aux informations et supports, dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale et qui pourraient conduire à la découverte d'un secret classifié à un niveau secret défense ou très secret

Domaine politique: analyses et perspectives de défense

Domaine militaire: performances des armements et des équipements, plan d'opérations, tactiques, niveau de préparation des forces, organisation des forces, emploi des forces

Domaine diplomatique: accords de défense

Domaine économique: coût des certains programmes d'armement, approvisionnements stratégiques, contrats export

Domaine scientifique: recherche et technologie de défense

Domaine industriel: programmes d'armement, recherche et développement

Les informations ou supports classifiés qui ne doivent en aucun cas être communiquées à des états étrangers ou organisations internationales, portent, en sus de la mention de leur niveau de classification la mention particulière « SPÉCIAL France ».

Les informations, qui peuvent ou doivent (dans le cas d'accords bilatéraux ou multinationaux par exemple) être communiqués à certains états ou organisations internationales, portent, en sus de leur niveau de classification, une mention particulière précisant les états ou organisations qui peuvent y avoir accès. Par exemple FR/ UK EYES ONLY pour une information réservée à des interlocuteurs franco britanniques

Le secret de la défense c'est aussi Une ORGANISATION
--

A sa tête, le Premier ministre

Pour le TSD, il définit les critères et l'organisation de ce niveau de classification.

Pour les trois autres niveaux, il fixe les conditions dans lesquelles chaque ministre détermine les informations à classifier.

Sous l'autorité du premier ministre, le SGDSN (Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale) définit et coordonne, sur le plan interministériel, la politique de sécurité en matière de protection du secret de la défense nationale.

Chaque ministre s'assure de la mise en œuvre des dispositions de protection du secret dans son ministère. C'est lui qui délivre les habilitations.

Chaque ministre est assisté par un haut fonctionnaire de défense et de sécurité.

Des mesures de sécurité relatives aux informations et aux supports classifiés

Il revient au détenteur d'une information ou à l'émetteur d'un support contenant des informations qu'il juge comme devant être protégées de le faire et de définir le niveau de protection adéquat en fonction de critères établis par le SGDSN.

Dès qu'un document, une donnée, un fichier, est classifié, sa vie s'inscrit alors automatiquement dans un processus inexorable de gestion très précisément défini: Marquage (timbre, identification, pagination,...), traçabilité (enregistrement, durée de vie,...), réglementation sur sa reproduction, son stockage, sa protection, son transport, son archivage, les inventaires, comptes rendus dont il doit faire l'objet, sa destruction,

Des mesures de sécurité relatives aux systèmes informatiques,

Au niveau central, le SGDSN est assisté par l'agence nationale de sécurité des systèmes informatiques (ANSSI), créée en 2008.

Les mesures particulières aux systèmes informatiques sont prises et déclinées à chaque niveau hiérarchique au sein d'une chaîne fonctionnelle bien identifiée.

Font l'objet de toute une série de mesures de protection :

- L'organisation des réseaux : conception, de politique de sécurité, d'homologation, d'organisation et de contrôle de la chaîne de sécurité
- les moyens techniques : protection physique et technique (ségrégation, cryptage,), gestion des composants, gestion des accès;
- les automates numériques (pilotage des équipements stratégiques,...).

Des mesures de sécurité relatives à la protection des lieux

Un ensemble des mesures est mis en place de façon à garantir l'intégrité physique des bâtiments et lieux contenant des informations, supports et objets classifiés.

Les principes de défense en profondeur (sur le modèle de la forteresse ou du château fort), de redondance et de résilience sont appliqués : barrières successives, moyens de surveillance, de détection, de protection et d'intervention, règles et procédures d'accès.

Peuvent être créées des zones protégées, pour placer sous protection juridique des lieux intéressant la défense nationale. Les zones protégées sont définies à l'article 413.7 du code pénal.

Des zones réservées sont, quant à elles, créées pour renforcer la protection des informations SD.

Des mesures de sécurité relatives aux personnes

Personne ne peut accéder à des informations protégées s'il n'a besoin d'en connaître ni s'il ne détient l'habilitation au niveau requis.

Ainsi pour répondre au premier point, un catalogue des emplois est établi: il recense la liste des postes et fonctions nécessitant l'accès à des informations d'un certain niveau de classification.

Pour le second point, des procédures d'habilitation sont mises en œuvre pour chaque personne nommé à un poste ou une fonction listé au catalogue des emplois.

Les procédures d'habilitation sont lourdes et fonction du niveau de protection, validité, durée,.....

De la même façon, nul n'est qualifié pour avoir accès à un système informatique dont l'accès permet de connaître des informations classifiées, s'il n'a fait au préalable l'objet d'une habilitation et s'il n'a besoin d'y accéder.

Des mesures concernant les contrats passés avec les entreprises

Ces mesures visent à vérifier la capacité de l'entreprise à protéger l'information (locaux et personnes), dont elle va devenir détentrice.

Comment pénétrer dans cette forteresse ?

Mission impossible Ou presque! Une voie d'accès étroite et sans garantie de succès :
La déclassification

1. Se rendre sur les lieux, examiner les désordres, prendre photos, croquis,...
2. Entendre les parties
3. Se faire communiquer toute pièce, document, plan,

Vous reconnaissez là les termes récurrents de nos missions d'expertise.

Comment concilier ces points de la mission d'expertise avec le secret de la défense nationale ?

1. Se rendre sur les lieux, examiner les désordres, prendre photos, croquis

Cet aspect de la mission pose la question de l'accès à l'expert à des zones protégées d'une part et, d'autre part, la prise de relevés photographiques ou autres.

- Sur la question de l'accès aux zones protégées, une demande d'accès doit être formulée pour l'expert et les parties, en nombre raisonnablement limité, auprès de l'autorité administrative, en respectant les délais et les données à fournir. L'accès strictement limité à la zone incriminée par le sinistre sera ouvert. La visite sera encadrée par un représentant de sécurité de l'autorité administrative.

- Sur la question de la prise de relevés, photos, elle se fera sous le contrôle et avec l'accord express de l'autorité administrative en cause. L'informer préalablement permettra de ne pas perdre de temps sur zone. Les prises photographiques seront exécutées par l'autorité administrative et remises à l'expert.

2. Entendre les parties

La réponse est simple :

Aucune autorité administrative ne peut autoriser un de ses agents à s'exprimer sur une information, tant que cette dernière n'a pas été déclassifiée. Ainsi, si des items abordés comprennent des informations classifiées, et que la partie se retranche derrière la classification de l'information, alors, si l'expert souhaite en prendre connaissance, une seule voie est possible : la demande de déclassification.

3. Se faire communiquer toute pièce, document, plan,

- Soit les pièces classifiées qu'il veut se faire communiquer ont été identifiées par l'expert: une seule voie possible la demande de déclassification.

- Soit l'expert souhaite se faire communiquer des pièces, tels que plans, registres, ordres de service, etc. . S'il lui est indiqué que parmi les documents demandés, certains sont classifiés et qu'il maintient sa demande, alors, de la même façon que précédemment, il adresse une demande de déclassification.

La Démarche de déclassification

Une juridiction française, dans le cadre d'une procédure engagée devant elle, peut demander la déclassification et la communication d'informations, protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification.

Ainsi la démarche de déclassification peut-elle être entreprise dans le cadre de toute procédure, pénale, civile, administrative, etc...

On l'a vu, la démarche est à l'initiative de l'expert, mais la conduite de la démarche est du ressort d'un magistrat.

L'expert adresse donc sa demande au juge (pénal : juge d'instruction, civil le juge ayant ordonné la mission d'expertise). Cette demande doit bien entendu être motivée.

Le magistrat prend le relais et adresse directement à l'autorité émettrice une demande de déclassification des pièces concernées.

L'autorité émettrice saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale. (CCSDN).

La commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 8 juillet 1998. Elle comprend cinq membres :

1° Un président, un vice-président qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement et un membre choisis par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le

vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes ;

2° Un député, désigné pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale ;

3° Un sénateur, désigné après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat.

Le mandat des membres de la commission n'est pas renouvelable.

Le mandat des membres non parlementaires de la commission est de six ans.

Cette commission étudie la demande et rend, sous deux mois après la saisie des documents, un avis consultatif à l'autorité émettrice,

- favorable,
- partiellement favorable ;
- ou défavorable

L'autorité émettrice (niveau ministre) a alors quinze jours pour prendre et annoncer sans avoir à la motiver.

Un refus de déclassifier met définitivement fin à la requête.

Un vrai parcours d'obstacle sans être assuré d'obtenir gain de cause !

Les chances d'aboutir? TSD quasi nulles - SD partielle - CD partielle accessible, totale possible.

- L'âge du document
- Une surclassification initiale

Des exemples de cas représentatifs de ceux auxquels vous pouvez être confrontés

Le Bugaleid Brezh, dossier dans lequel le besoin était exprimé de savoir si un sous-marin français, était présent sur zone, qui a posé la problématique de l'accès aux mouvements et positions des sous-marins français pendant une période de temps considérée.

Un accident de chantier sur une base militaire, ou un accident du travail sur un site industriel impliqué dans des programmes stratégiques, qui pose la question de l'accès à des zones protégées à accès contrôlé, où sont mis en œuvre des équipements stratégiques.

Un accident de la route entre un véhicule civil et un convoi militaire, qui pose la question de l'accès aux capacités et performances de l'engin militaire impliqué.

Une agression dans une base navale ou une caserne

Conclusion

J'espère vous l'avoir démontré, une forteresse est mise en place pour protéger les informations relatives à la défense et à la sûreté de l'état. Cela a du sens.

Des dispositions ont été prises pour concilier la protection du secret de défense et manifestation de la vérité.

Je fais confiance à la perspicacité et au bon sens de la commission pour proposer la bonne réponse et satisfaire les deux parties.

Bonne chance !

(Applaudissements...)

Mme B. HORBETTE.- Merci beaucoup, amiral, de nous avoir dévoilé ou laissé envisager que l'on pouvait dévoiler quelques aspects du secret dont vous nous avez parlé ce soir, qui est le secret Défense.

Il me revient de faire la synthèse de cet après-midi et d'en tirer la conclusion.

Vous avez entendu parler de plusieurs types de secrets et vous avez compris, en fonction des différents secrets qui vous ont été exposés, leur confrontation avec cet impératif absolu qui est la recherche de la vérité judiciaire, puisque c'est pour cela que l'on nomme un expert, et le principe de la contradiction, et non pas du "contradictoire" qui est un adjectif comme chacun le sait.

Vous avez vu toute la difficulté de concilier deux aspects qui apparaissent totalement inconciliables. Vous avez aussi perçu, en fonction de ce qui vous a été dit, qu'au-delà de cette tentative de conciliation de l'inconciliable -c'est le premier Président qui l'a dit-, il y a derrière des conflits de devoir, comme vous l'a dit Me de FONTBRESSIN, d'égale valeur qui s'imposent, entre lesquels il faut arriver à trouver un moyen terme.

Vous avez entendu qu'il existe différentes sortes de secrets qui s'imposent à l'expert, selon que l'expert est lui-même ou non tenu à des secrets puisque les professions réglementées sont elles-mêmes tenues au secret, ont une habitude du secret et qui, pour autant, toutes tenues au secret qu'elles sont, quand elles deviennent experts, elles doivent savoir choisir quelle partie de ce secret, ou la totalité de ce secret dans certains cas, peut être dévoilée et échangée.

Vous avez compris aussi qu'il existe des secrets à double face et des secrets à face simple. Certains secrets, en effet, sont des secrets que l'on va opposer à l'expert et d'autres, des secrets que l'expert va opposer. Il y a quelqu'un -vous l'avez compris aussi car cela a été dit par plusieurs intervenants-, auquel personne n'opposera le secret, c'est le juge, sauf dans un cas : le secret Défense, sauf dans les cas exceptionnels -nous l'avons bien compris- où il n'aura été qu'un « petit secret Défense », un « confidentiel Défense », qui, lui, aura peut-être une chance de pouvoir être levé quand le juge le demandera.

Vous l'avez compris aussi, vous l'avez entendu, il y a des secrets dont la nature et la fonction même sont protégés, qui sont des secrets rappelés par la loi, qui sont des secrets dont la violation est punie par le code pénal, et puis il y a des secrets qui sont nés de la pratique, pour lesquels il n'y a pas de sanction en cas de violation qui sont, comme le

secret des affaires, des secrets qui méritent protection car ils mettent en jeu des données économiques et des difficultés économiques.

Vous avez bien compris que tous ces secrets ne sont finalement pas un seul et unique secret, mais plusieurs secrets auxquels, vous experts, notamment les nouveaux experts -les plus anciens ont dû déjà en rencontrer et ont su agir- êtes confrontés ; certains de nos intervenants nous ont donné leurs trucs, leurs habitudes pour y faire face- mais, pour les plus jeunes d'entre eux, vous avez compris qu'il est difficile de se heurter à un secret alors que le juge vous a demandé de lui livrer la totalité des vérifications que vous avez faites.

C'est donc un secret que l'on a expliqué de différentes manières ce soir, secret qui peut vous être opposé à vous experts, dont vous avez compris que vous n'aviez pas a priori dans la plupart des cas l'autorité pour le lever quand on vous l'oppose et qu'il fallait avoir recours au juge, le seul qui pourra trancher et arbitrer -car cela vous a été rappelé, notamment par Me de Fontbressin- la question de savoir ce qui doit prévaloir entre le secret et l'impératif de vérité ou le respect de la contradiction est une question de droit qu'il n'appartient pas à l'expert de trancher mais au juge seul.

En revanche, le secret ne peut pas être opposé au juge. Le juge recherche au contraire la levée du secret car c'est notamment pour cela qu'il ordonne une expertise, parce qu'il y a des choses qui lui paraissent secrètes et dont il veut avoir la clef et l'explication pour pouvoir trancher, sinon il n'y a pas de raison d'ordonner une expertise.

Me concernant et pour conclure, je ferai écho à ce que nous a dit le Président HECKLE dans son introduction. Je me suis, tout comme lui, livrée à une petite recherche sur le mot « secret » et les synonymes que pouvait avoir ce mot, notamment dans ses relations avec les expertises judiciaires.

Le secret a un synonyme qui est le mystère. Le mystère, c'est celui de la chose technique que le juge ne connaît pas, qu'il ne comprend pas et qu'il ne maîtrise pas, raison pour laquelle il ordonne une expertise.

Il a aussi pour synonyme l'hermétisme, qui est, pour le juge, l'hermétisme de la matière qu'il a à traiter.

Il a également pour synonyme la complexité : le sujet technique qui lui est soumis et sur lequel il devra mettre des termes juridiques pour apporter une solution juridique.

Parmi les autres synonymes du mot secret -cela vous a été dit-, je vous le rappelle, qu'il y a le mot confiance, celle qui est faite à certains du fait de leur profession, dont eux-mêmes ne peuvent pas se délier et, dans certains cas, le client ou le patient ne peut pas non plus les délier. C'est la confiance qui est faite aux avocats, aux médecins, aux notaires, confiance qui a pour contrepartie le secret professionnel que l'on peut appeler autrement : le secret médical qui sera opposé à l'expert.

Dans les autres synonymes du mot secret, il y a aussi le terme de procédé qui est celui de fabrication. Cela rejoint le secret des affaires dont vous a parlé M. CARDON, qui doit être protégé dans un certain nombre de cas. Malgré le contenu de la mission de l'expert, dont le

but n'est évidemment pas de révéler le secret des affaires, il doit s'attacher à le sauvegarder, tout en remplissant sa mission puisque c'est ce que lui a demandé le juge.

Parmi d'autres synonymes du mot secret, il y a le mot intimité qui est un équivalent, qui recouvre le secret médical dont vous a parlé le Professeur SAFRAN, dont personne, hormis le médecin traitant, le malade et encore, n'a à avoir connaissance. C'est aussi l'intimité de la vie privée dont vous a parlé le Premier Président qui ne peut être violée à l'occasion d'une mesure d'expertise.

Un autre synonyme : la discrétion et la réserve. La discrétion et la réserve sont les qualités dont l'expert doit faire preuve. C'est ce que l'on attend de lui tout au long de sa mission pour ne pas porter atteinte aux secrets dont il peut avoir connaissance à l'occasion de sa mission, qualité à laquelle doit s'ajouter la prudence, voire la circonspection, qui ne sont pas des synonymes du mot secret mais qui doivent l'amener, en cas de doute, à recourir au juge qui lui dira ce qu'il conviendra de faire face au secret qui lui sera opposé.

L'expert doit, en effet -le Premier Président vous l'a rappelé en introduction- s'efforcer, comme le juge qui l'a commis, dont il est une sorte de prolongement, de concilier ces deux impératifs de même valeur, a priori inconciliables, le secret protégé par la loi et le respect de la contradiction.

C'est un exercice difficile et périlleux pour vous parfois. Les intervenants qui se sont succédé vous l'ont démontré avec les exemples qu'ils nous ont donnés et la démonstration de leurs pratiques professionnelles.

Je remercie le Président FAURY de ne pas avoir abordé cet après-midi d'autres types de secrets, ni le secret d'Etat, dont l'histoire regorge, quoique nous l'ayons abordé avec vous, Monsieur l'amiral, ni le secret d'alcôve dont nous a également parlé Monsieur HECKLE qui se heurte à une volonté d'information de la presse dite people.

Je remercie l'UCECAP d'avoir organisé cette réunion et de l'avoir prévue sur un thème aussi passionnant, dont j'espère qu'il vous aura instruits intellectuellement. Le nombre de participants ici aujourd'hui témoigne de l'intérêt que cela suscitait et montre que cette réunion n'était pas celle d'une société secrète.

Vous avez dû y apprendre beaucoup, comme c'était en tout cas mon cas, grâce à la grande qualité des interventions et des intervenants et à celle de l'organisation qui est toujours aussi professionnelle, mais cela un secret de polichinelle.

(Applaudissements...)

M. D. FAURY.- Merci beaucoup, Madame le Président.

Je crois que l'heure tardive se prête mal au débat.

Je remercie nos différents intervenants, et particulièrement Madame le Président HORBETTE. Vous nous avez consacré toute votre journée.

Merci pour votre très brillante conclusion.

Pour les questions, les orateurs vont rester parmi nous. Je vous suggère que vous les posiez autour du verre de l'amitié.

Peut-être que parmi vous, ceux qui connaissent l'endroit seraient gentils de l'indiquer à ceux qui ne le connaissent pas. Nous allons nous déplacer pour rejoindre cet endroit secret !

Merci de votre présence.

(Applaudissements...).

(La séance est levée à 19 h 36).
