

**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS DE JUSTICE
EN INFORMATIQUE ET TECHNIQUES ASSOCIEES**



Colloque du 27 mai 2011

dans la grande salle d'audience du Tribunal de Commerce de Paris

**L'avis de l'Expert et la résolution des litiges
dans le monde numérique
(quand l'éclairage technique est nécessaire à l'accord)**

SOMMAIRE

I. Ouverture du Colloque	3
Monsieur Christian de BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA	
II. Regards croisés sur les rôles de l'Expert	5
II.1 L'avis de l'Expert : quelle place dans la résolution des différends ?	5
Maître Stéphane LEMARCHAND, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Avocat Associé DLA Piper	
II.2 Les rôles multiples de l'Expert	11
Monsieur Philippe AYMAR, Expert près la Cour d'Appel de Paris	
III. Table ronde (points de vue, retours d'expérience, attentes)	21
III.1 Pour l'évaluation du risque et la prise de décision (aller ou pas au litige ?)	21
Madame Bénédicte LIJOUR, Directeur Juridique CAPGEMINI France	
III.2 De l'analyse du risque à la négociation de l'accord amiable	22
Maître Christiane FERAL-SCHUHL, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Futur Bâtonnier dDe l'Ordre des Avocats de Paris	
III.3 Le rôle de l'Expert dans le cadre des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC) ?	26
Monsieur Stéphane LIPSKI, Expert agréé par la Cour de Cassation	
III.4 Du bon usage de l'avis de l'Expert : rapport judiciaire, rapport privé	27
Monsieur Christian BENETEAU, Magistrat en charge du Contrôle des expertises au Tribunal de Commerce de Nanterre	
IV. Débats	31
V. Synthèse et clôture du Colloque	37
V.1 Synthèse des travaux et perspectives	37
Monsieur Christian de BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris	
V.2 Clôture des travaux	38
Monsieur Nathan HATTAB, Président de la CNEJITA	

I. Ouverture du Colloque

Monsieur Christian de BAECQUE
Président du Tribunal de Commerce de Paris

Je suis très heureux d'accueillir ce colloque de la CNEJITA au sein du Tribunal de Commerce de Paris pour une réflexion sur « l'avis de l'Expert et la résolution des litiges », dont le sous-titre est : « quand l'éclairage technique est nécessaire à l'accord ».

Il s'agit d'un sujet qui nous concerne, nous les juges consulaires, puisque notre rôle consiste notamment à résoudre les litiges qui nous sont soumis par les entreprises, et notre souhait premier est que les parties parviennent à un accord. Si l'expert ne peut pas concilier les parties, son rapport permet souvent d'éviter un procès.

Monsieur Nathan HATTAB
Président de la CNEJITA

J'ai le plaisir de vous accueillir à cette manifestation pour une réflexion sur rôle de l'expert de justice. Je voudrai remercier préalablement le Président du Tribunal de Commerce de Paris qui nous a autorisés à organiser ce colloque en ce lieu. Le thème du colloque est : l'avis de l'expert et la résolution des litiges dans le monde numérique. L'expert peut-il être acteur de la résolution des litiges ?

L'article 240 du Code de procédure civile nous dit que le juge ne peut pas missionner l'expert pour concilier les parties. Pourtant, dans notre monde du numérique et de l'immatériel, où la compréhension des parties est mise à rude épreuve, nous constatons que, parmi nos opérations d'expertise, un nombre très faible fait l'objet d'un jugement de fond. L'expert de justice est-il acteur malgré lui de la résolution des litiges ?

L'expert, désigné par le juge, l'expert judiciaire, conduit ses opérations dans le contradictoire et la transparence. Sa démarche, sa compétence, son indépendance vis-à-vis des parties et le respect de règles de déontologie sont les garants de la bonne tenue des opérations et de l'efficacité de son action. La traçabilité de ses opérations à travers ses notes aux parties, les questions qu'il posera, le comportement qu'il adoptera et les avis qu'il donnera au fil de ses opérations peuvent effectivement influencer sur le cours de l'expertise.

L'expert de justice peut également être appelé par une des parties pour l'assister et parfois produire un rapport privé : il n'est plus expert judiciaire et sa mission est alors définie par la partie et non par le juge ; il ne bénéficie plus du contradictoire mais il se doit d'éclairer la partie qui l'a appelé sur l'état réel de son dossier et sur les risques encourus. Les parties peuvent aussi décider de faire appel à un expert de justice unique pour qu'il les éclaire sur leurs différends. Différentes mesures sont alors possibles : expertise contradictoire, médiation... Nous sommes en présence de ces trois cas de figure : l'expert du juge, l'expert d'une partie et l'expert des parties. Ce colloque nous permettra de confronter les points de vue d'experts, de juristes et de magistrats sur de nombreuses questions : quels sont les différents rôles de l'expert de justice ? Quelle est sa place dans l'analyse du risque ? Quel est sa place dans l'expertise amiable ?

Quant au déroulement du colloque, nous donnerons dans une première étape, la parole successivement à Maître Stéphane LEMARCHAND avocat du cabinet DLA Piper, et à Monsieur Philippe AYMAR, expert près la Cour d'Appel de Paris qui croiseront leurs regards sur les rôles de l'expert.

Ensuite, Maître Christiane FERAL-SCHUHL, avocat et prochain Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, animera la table ronde sur les points de vue, les retours d'expérience et les attentes des principaux acteurs, le directeur juridique, l'avocat, l'expert et le Juge. Les questions de la salle pourront suivre.

Enfin, le colloque sera clôturé par la synthèse de Monsieur Christian de BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris.

II. Regards croisés sur les rôles de l'Expert

II.1 L'avis de l'Expert : quelle place dans la résolution des différends ?

Maître Stéphane LEMARCHAND
Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Avocat Associé DLA Piper

Avis de l'Expert et résolution des différends, les termes ne semblent pas *a priori* aller de pair.

Nous avons tous en tête les règles de procédure civile et plus particulièrement les dispositions de l'article 240 du Code de procédure civile qui font interdiction au Juge de donner mission à l'Expert judiciaire (mais l'interdiction vaut pour l'ensemble des techniciens) de concilier les parties. L'article 281 précise en outre que « *si les parties viennent à concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge* ».

Les règles déontologiques des Experts ont repris cette interdiction. Ainsi, les Règles de déontologie de l'Expert de justice définies par le Conseil National des Compagnies d'Experts près les Cours d'appel et les Juridictions administratives (CNCEJ) disposent que l'Expert ne doit rien faire qui s'oppose au rapprochement entre les parties, mais il n'a pas à proposer de solution de compromis pour mettre fin au litige. A l'identique, les règles définies par la Compagnie des Experts Agréés par la Cour de cassation disposent que « *lorsqu'il est nommé en matière civile, l'expert ne doit rien faire qui soit de nature à contrarier le désir des parties de se concilier, sans retarder pour autant le cours de ses opérations. Le cas échéant, et après avoir vérifié que l'accord des parties couvre l'intégralité de sa mission, il en rend compte au juge* ».

En procédure civile, donc, la conclusion (hâtive) serait que l'avis de l'Expert n'a pas sa place dans la résolution des différends.

La conception du rôle de l'Expert n'est cependant pas binaire et si le rôle de l'Expert dans la résolution des différends est encore en devenir, il n'est pas pour autant inexistant. Bien au contraire.

En procédure administrative, son rôle est d'ailleurs aujourd'hui officiellement consacré. Le Conseil d'Etat avait déjà, depuis un arrêt rendu le 11 février 2005, reconnu la possibilité pour l'Expert de se voir confier une mission de concilier les parties. Le décret n°2010-164 du 22 février 2010, relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, a modifié l'article R. 621-1 du Code de justice administrative et ce texte donne désormais à l'Expert pouvoir de concilier les parties.

En procédure civile, la jurisprudence a depuis longtemps manifesté un certain infléchissement de l'interdiction posée par l'article 240, sans aller toutefois aussi loin que le Conseil d'Etat. On peut à cet égard relever deux décisions :

↳ il rentre dans les pouvoirs de l'Expert de constater l'accord intervenu entre les parties sur son avis (Cass. Civ. 2^{ème}, 21 juillet 1986 – pourvoi n°85-11.107) ;

↳ dans un arrêt du 3 février 1992, la Cour d'appel d'Aix en Provence a considéré que l'Expert pouvait conseiller aux parties de transiger, ou même leur soumettre un protocole d'accord, dès lors que l'initiative d'un tel rapprochement est demeurée la prérogative des parties au litige et que l'expert n'est pas intervenu personnellement à l'acte (Aix en Provence, Chambre 1 section A, 3 février 1992 – *Epoux Roger Bergerot / Epoux Pierre Bergerot*).

Cette inflexion reste cependant timide sans doute parce que la mission de concilier les parties entre, selon l'article 21 du Code de procédure civile, dans les pouvoirs du juge et que celui-ci ne peut déléguer ses pouvoirs à quiconque.

C'est certainement **en dehors du périmètre du procès judiciaire** que la place de l'Expert dans la résolution des différends prend toute sa dimension, de l'avis de la jurisprudence. La décision rendue par la Cour d'appel de Colmar le 21 février 2002 en est une parfaite illustration. Saisie d'un appel d'une ordonnance de référé ayant rejeté une demande d'expertise judiciaire, la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance du premier juge aux motifs suivants :

« la Cour relève que le contrat, qui présente les éléments de complexité précédemment décrits, prévoit dans son article 12 une expertise préalable des contestations relatives à son exécution ou à son interprétation ; qu'il stipule que les parties se mettent d'accord sur la désignation d'un expert unique, ou désignent chacun un expert, avec la possibilité pour les deux experts désignés de s'adjoindre un tiers ; qu'il précise que si l'expertise amiable ne conduit pas à un accord des parties, chacune d'elle pourra procéder judiciairement ; (...) qu'en présence d'une telle clause, la Cour ne perçoit pas où se trouve l'intérêt légitime de demander une expertise judiciaire ; (...) que l'expert ou les experts ainsi désignés procèdent aux examens indispensables compte tenu de la complexité du contrat, et ont en outre la mission de proposer une conciliation aux parties, ce qu'il n'est pas possible de faire dans le cadre d'une expertise judiciaire ; (...) qu'une telle procédure d'expertise paraît donc plus appropriée qu'une expertise judiciaire » (Colmar, 2^{ème} Chambre civile Section A, 21 février 2002 – *MGEN / Gérance Générale Foncière*).

L'avis technique de l'Expert apparaît donc ici comme un instrument à la disposition des parties pour **éviter le débat judiciaire**.

Le recours à l'expertise contractuelle à laquelle la Cour d'appel de Colmar renvoie les parties dans l'espèce citée ci-dessus est, parmi d'autres, une hypothèse où l'avis technique de l'Expert a sa place et est susceptible d'aider les parties à résoudre leur différend. Selon la volonté des parties, l'avis technique de l'Expert peut alors être seulement consultatif ou contraignant. La tendance actuelle des pratiques contractuelles est d'envisager l'expertise contractuelle pour résoudre les difficultés en cours d'exécution du contrat, ces difficultés étant plutôt de nature technique que juridique.

On peut encore citer d'autres hypothèses où l'avis technique de l'Expert a sa place dans la résolution des différends :

↳ **l'expertise amiable** : ici, l'expert se voit confier (soit en marge d'une procédure judiciaire, soit en dehors de toute hypothèse de procédure judiciaire pendante) la mission d'émettre un avis sur une ou plusieurs questions qui lui auront été adressées par une partie. L'expertise amiable peut revêtir un caractère non contradictoire ou pas. Si elle est de nature contradictoire, les parties auront pris le soin de préciser la valeur qu'elles entendent donner à l'avis de l'Expert et, notamment, décider d'être liées par l'avis technique de l'Expert (cette hypothèse demeure cependant marginale). Si elle n'est pas contradictoire, son avis n'en demeure pas moins un outil efficient pour son commanditaire : soit que l'avis est utilisé par lui pour apprécier les chances de succès de son dossier, l'aider dans l'élaboration de sa stratégie contentieuse et, le cas échéant, le convaincre de la nécessité de privilégier la résolution amiable à toute forme de procédure judiciaire (la force de l'avis de l'Expert tient alors surtout au fait qu'il s'agit d'un tiers à l'entreprise et qu'il porte un regard à la fois neutre et spécialiste sur les questions qui lui ont été soumises) ; soit que l'avis est opposé à la partie adverse pour créer les conditions d'une discussion en vue d'une résolution amiable de leur différend (ceci peut d'ailleurs se faire dans le cours d'une procédure puisqu'il est de jurisprudence constante que tout rapport d'expertise amiable peut valoir à titre de preuve dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties). On relèvera que la récente circulaire émise par le Premier ministre le 6 avril dernier, *relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*, place l'expertise amiable au cœur du dispositif de résolution amiable des litiges. Son article 2.2.3 dispose ainsi : « *sauf si le litige est simple ou porte sur des sommes peu élevées, le recours à un expert est souvent utile. Celui-ci peut évaluer le montant du préjudice indemnisable ou éclairer l'administration sur l'existence d'un lien de causalité entre les agissements imputables à l'administration et les dommages causés. Il n'est pas souhaitable que l'administration désigne un expert de façon unilatérale. En effet, la partie adverse pourrait mettre en cause son impartialité. L'expert sera donc désigné d'un commun accord. A défaut, il est possible de demander au juge administratif ou judiciaire, selon la nature du litige, de procéder à cette désignation par voie de référé* » ;

↳ **la médiation** : la médiation est un processus amiable de résolution des différends, dont l'objectif est d'aider les parties, dans un cadre confidentiel et grâce à l'intervention d'un tiers, à trouver une solution négociée à leur différend. Elle se distingue de l'expertise en ce sens que le médiateur ne donne pas un avis aux parties mais il est là pour faciliter leurs négociations et leur donner les clés pour accéder à une solution à leur différend. Il est à noter que dans les contentieux informatiques, le recours à la médiation (conventionnelle ou judiciaire) est fréquent et le processus est, dans la majorité des cas, couronné de succès. Cette présentation paraît néanmoins à première vue bannir l'avis de l'Expert du périmètre de la médiation. Rien n'est moins sûr : d'abord parce que, dans le cadre des réunions de médiation, les parties peuvent demander au médiateur de leur donner son avis sur leur différend ; ensuite parce qu'on voit au travers de la pratique du CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) que certains médiateurs désignés sont par ailleurs des experts en informatique (notamment inscrits sur la liste de la Cour d'appel de Paris) et ceci est significatif de la place que l'avis du technicien a aux yeux des parties à la médiation quand bien même ce technicien intervient en qualité de médiateur ; enfin, pour certains dossiers techniquement complexes, il a déjà été décidé d'associer les compétences d'un expert en informatique à celles d'un médiateur. Dans cette dernière hypothèse, l'intervention de l'expert consiste à apporter au médiateur l'appui technique suffisant et nécessaire pour lui permettre d'aider les parties à trouver une solution négociée ;

↳ **l'avis technique amiable** : il s'agit d'un autre mode alternatif de résolution des litiges, mis en place par le CMAP (mais d'autres institutions ou organismes offrent des solutions équivalentes, notamment la CCI), dans lequel l'avis de l'Expert a toute sa place. De quoi s'agit-il ? C'est la possibilité offerte à des parties à un différend de solliciter de manière conjointe l'avis d'un expert indépendant sur une question technique ou financière. L'expert intervient dans un cadre confidentiel et, selon les règles préalablement définies par les parties, son avis peut, le cas échéant, lier les parties. Dans cette hypothèse, la place de l'avis du technicien dans la résolution du différend est prépondérante si les parties ont opté pour un avis contraignant. Dans le cas contraire, l'avis de l'Expert demeure néanmoins un instrument de nature à faciliter la résolution du différend.

Le premier enseignement à tirer de ce qui précède est le suivant : en dehors de sa sphère d'intervention définie par les dispositions du Code de procédure civile sur les mesures d'instruction, l'intervention de l'Expert dans la résolution des différends, quelle qu'en soit la modalité, est légitime et son avis technique est utile à la résolution compte tenu de la complexité des contentieux informatiques. A telle enseigne que l'avis de l'Expert peut devenir un préalable nécessaire et incontournable à l'engagement d'une procédure.

Une fois que le différend entre **dans le cadre juridictionnel**, l'avis de l'Expert demeure évidemment influent.

En **arbitrage**, l'Expert contribue à la résolution du différend et la facilite. Dans le cadre des arbitrages de la CCI, par exemple, il est recommandé de donner la possibilité aux Experts désignés par les parties à l'arbitrage de se réunir pour essayer de réduire les sujets de désaccord et, si des divergences persistent entre eux, les recommandations émises par la CCI « *à l'intention des experts agissant conformément au Règlement d'expertise ou au Règlement d'arbitrage de la CCI* » préconisent alors que les Experts exposent par écrit leurs divergences et précisent « *si leurs différentes approches peuvent (...) résister à l'examen critique de leurs pairs* ».

A l'extrême l'influence de l'Expert **judiciaire** (i.e. l'Expert intervenant en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le Juge) est déterminante dans la résolution des différends car l'avis qu'il remet au Juge est dans la grande majorité, pour ne pas dire quasi-systématiquement repris par ce dernier dans sa décision. Ainsi dans la résolution **judiciaire** du différend, l'avis technique de l'Expert judiciaire joue un rôle fondamental.

Mais l'Expert **judiciaire** peut également contribuer à la résolution **amiable** du différend, et ce, de multiples manières, voire même à ses dépens, en tous les cas sans enfreindre la règle prescrite par l'article 240 du Code de procédure civile.

Dans l'expertise judiciaire, en effet, les facteurs « durée », « coûts », « investissements des représentants des parties » sont autant de paramètres qui peuvent précipiter la résolution amiable du litige. Tout comme les circonstances dans lesquelles l'expertise judiciaire est ordonnée : l'expertise procède-t-elle d'une initiative du juge ? d'une partie seulement ? d'une demande concertée des parties à la procédure ? a-t-elle été instrumentée pour servir uniquement une stratégie dilatoire de l'une des parties ? Chacune de ces hypothèses peut susciter des comportements différenciés des parties à l'expertise judiciaire et, le cas échéant, les encourager à rechercher une solution amiable. Cette recherche d'une résolution négociée peut être d'autant plus facilitée par l'expertise judiciaire que celle-ci recrée l'espace de discussion que les parties avaient sans doute perdu depuis l'apparition du différend et favorise les échanges directs entre elles. Mais ici, l'Expert judiciaire ne joue aucun rôle dans la résolution amiable du différend.

Il existe pourtant bien des hypothèses dans l'expertise judiciaire où l'Expert joue un rôle incitatif en faveur de la résolution amiable soit par son comportement, soit par l'avis technique qu'il remet.

Dans les expertises judiciaires relatives aux contentieux informatiques, un enjeu majeur de l'expertise est celui du moment où l'Expert judiciaire va examiner les préjudices. Le chef de mission relatif aux préjudices est en effet traditionnellement examiné à la fin des opérations d'expertise ; or en raison des contraintes du calendrier de la procédure d'expertise, il apparaît souvent que le temps consacré à l'examen de ce chef de mission est insuffisant et l'analyse des préjudices fait parfois figure de « laissé-pour-compte » dans l'expertise. Or, à l'évidence, il serait d'une bonne administration de la mesure d'expertise, autant que de l'intérêt des parties, que l'analyse par l'Expert judiciaire des postes de préjudices allégués intervienne au commencement des opérations d'expertise. L'enjeu est considérable car l'expertise judiciaire ne sera pas la même selon les intérêts financiers en discussion. Ainsi, si dès le début de l'expertise judiciaire, la mesure est prise de l'importance (ou de la faiblesse) des enjeux financiers au travers de l'analyse des postes de préjudice allégués par les parties en la cause, l'Expert judiciaire, comme les parties, sera alors en mesure d'accorder ses investigations à la hauteur des enjeux financiers qu'il aura appréciés préalablement et de limiter ses investigations au strict nécessaire s'il est convaincu du caractère « dérisoire » des préjudices. L'enjeu est d'autant plus important que l'avis que l'Expert judiciaire donnera au cours des opérations d'expertise sur les postes de préjudices peut encourager une solution négociée entre les parties : d'abord parce qu'il favorise soit la prise de conscience des risques financiers attachés au dossier soit la difficulté de faire la démonstration du quantum et du lien de causalité ; aussi parce qu'il permet d'objectiver et de rationaliser les postes de préjudice et de couper court à des demandes financières extravagantes.

Naturellement, le pré-rapport (ou note de synthèse) de l'Expert judiciaire est une étape fondamentale de l'expertise judiciaire qui peut également être moteur dans la recherche par les parties d'une solution négociée. Au travers de ce document de synthèse, l'Expert judiciaire communique ses conclusions provisoires, établit un projet de réponse aux différents chefs de la mission qui lui a été confiée et sollicite les observations des parties. Sur la base des constatations et pré-conclusions techniques émises par l'Expert judiciaire, chacune des parties se posera légitimement la question de l'opportunité de poursuivre le différend sur un plan judiciaire ou de rechercher une solution négociée. Là encore, l'avis de l'Expert judiciaire est au cœur de la réflexion qui doit mener les parties à prendre une décision sur le sort de la procédure judiciaire.

Ces observations valent aussi pour le rapport d'expertise qui clôt les opérations et la mission de l'Expert judiciaire, et ce d'autant plus que le dépôt du rapport d'expertise contraint les parties à prendre une décision sur la poursuite ou non de la procédure et l'avis émis par l'Expert judiciaire déterminera leur stratégie. Le rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise (présidée par Mme Chantal Bussière, Première Présidente de la Cour d'appel de Bordeaux et M. Stéphane Autin, Procureur Général près de la Cour d'appel de Pau) rendu public en mars dernier, souligne l'importance de la rédaction et de la présentation du rapport final de l'Expert judiciaire et prône la normalisation des rapports d'expertise : « *ayant pour finalité d'éclairer le juge, il doit être rédigé en des termes clairs, compréhensibles pour les parties, en limitant, si possible l'usage du vocabulaire technique* ». Pour rebondir sur les observations émises par la Commission, la finalité du rapport d'expertise est aussi d'éclairer les parties qui devront à l'issue des opérations d'expertise et en tenant compte des conclusions émises par l'Expert mettre en perspective la poursuite de la procédure judiciaire et la résolution amiable du différend.

Il ressort de ces propos que l'influence de l'avis technique de l'Expert dans la résolution des différends est une réalité. Mais, il reste encore un pas à franchir : donner à l'Expert la possibilité, dans les contentieux civils ou commerciaux, de concilier les parties à l'instar de ce que prévoit désormais le Code de justice administrative. Cette rupture d'égalité n'est pas légitime. L'initiative ne pourra cependant venir que des Juges dans une application encore plus souple des articles 240 et 281 du Code de procédure civile, ou bien des pouvoirs réglementaires.

II.2 Les rôles multiples de l'Expert

Monsieur Philippe AYMAR

Expert près de la Cour d'Appel de Paris

Intervenir dans le monde du numérique, de l'informatique est une tâche complexe pour l'expert.

Aujourd'hui, les architectures informatiques sont facilement distribuées. De nouveaux systèmes, particulièrement innovants (comme l'infogérance, la virtualisation ou le cloud computing) permettent des compromis de plus en plus intéressants entre mutualisation et personnalisation. Du coup, les modes d'organisation et de contractualisation évoluent. Plus performants, ils permettent des modèles économiques qui facilitent tant la collaboration entre le client et son prestataire que la maîtrise des coûts.

Revers de la médaille : lorsqu'un problème surgit, l'analyse équilibrée du contexte, l'objectivation des carences, leur mise en perspective, n'est pas une chose facile à faire pour les acteurs des projets.

L'expert sera alors une aide précieuse pour rétablir la bonne santé d'un projet informatique. Son travail d'explication, son savoir-faire et un mode opératoire rigoureux permettront de remettre de l'équilibre dans le projet. Le débat pourra alors se développer sur des bases saines.

S'il intervient dès le début du projet, l'expert permettra d'engager les actions correctives dans de bonnes conditions et de garder un dialogue fluide.

Je décrirai ici les éléments qui font la complexité de l'expertise d'un projet informatique, je montrerai l'utilisation du grief et du préjudice comme fil directeur dans l'expertise. Je présenterai aussi quelques modes d'intervention de l'expert selon la nature de la crise que connaît le projet.

I. La complexité du contentieux informatique

1. L'informatique s'aborde en tant que système dans ses dimensions techniques et organisationnelles

Lorsqu'un projet informatique rencontre des difficultés récurrentes dans l'atteinte de ses objectifs techniques, calendaires ou financiers, un différent peut naître entre ses protagonistes. Pour le résoudre, soit par la coopération, soit par le contentieux, un plan d'action est élaboré. Au moment où les difficultés obscurcissent le paysage, l'expert intervient pour éclairer l'élaboration et la mise en œuvre du plan d'actions avec une vision objective des composantes du litige, tant sur les constats de difficultés que sur les causes et leur imputabilité.

Parce que l'informatique est une affaire de systèmes, techniques et organisationnels, les analyses de l'expert nécessitent de comprendre les technologies mises en œuvre (logiciel, serveurs, poste de travail, réseaux, carte de traitements, algorithmes, etc.), le schéma organisationnel dont ont convenu

les parties au projet pour les différentes étapes du projet et finalement les indicateurs encadrant les engagements pris.

Le cas des projets d'ERP (logiciels de gestion) illustre bien cette coexistence des dimensions. Les ERP sont des logiciels couvrant un ensemble de processus d'entreprise, et lors du déploiement le prestataire (ici un intégrateur) les adapte à l'organisation. Les adaptations offrent plus de souplesse à l'organisation, elles augmentent le coût informatique. Le surcoût est d'autant plus élevé que l'adaptation est spécifiée tardivement. Comme ces logiciels impactent fortement l'organisation, c'est souvent en cours de déploiement que les besoins d'adaptation seront identifiés. Un processus de gestion des écarts est mis en place pour coordonner le paramétrage de l'ERP et l'évolution de l'organisation. Il réglera le balancement entre la mise au point des options techniques et la transformation de l'organisation pour tirer partie du potentiel du nouvel outil. L'ERP vient alors modifier les usages précédents. A la suite de la gestion des écarts, un accompagnement des équipes est nécessaire, à la fois pour adapter l'organisation et pour former les utilisateurs. Lorsque les fonctionnalités et l'ergonomie d'un ERP sont mises en cause, c'est non seulement la chaîne technique, applicative et matérielle, qu'il faut passer en revue, mais aussi la façon dont le client et son fournisseur ont collaboré à l'adaptation du logiciel, à l'adaptation des processus et à la formation des équipes.

2. Les outils, les logiciels, les organisations, les usages sont imbriqués et interdépendants

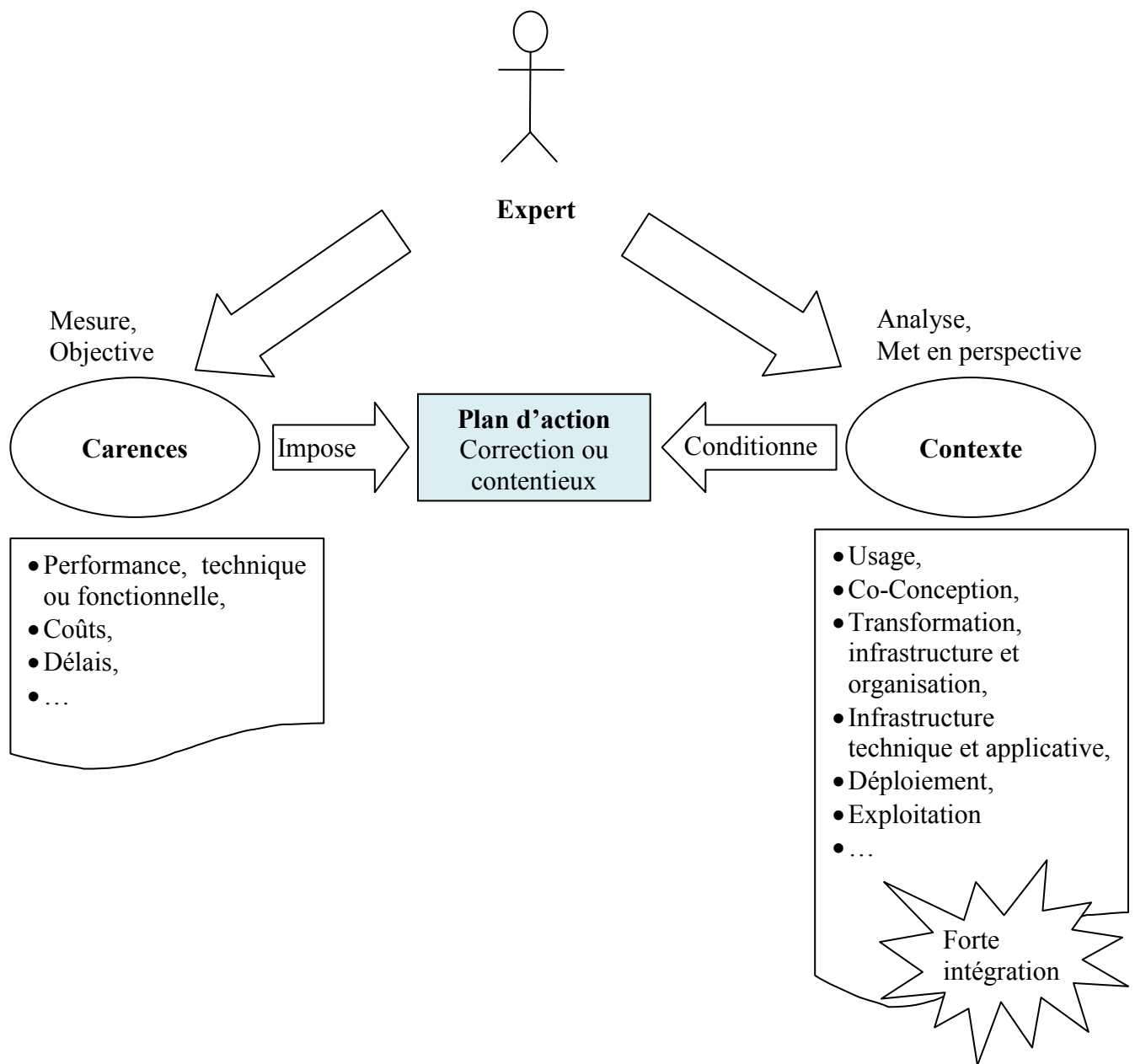
Les projets d'ERP ne sont pas les seuls à combiner évolution technique et transformation organisationnelle. L'expertise met en évidence la complexité organisationnelle. Elle découle de la forte intégration de l'informatique à l'infrastructure, à la vie de l'entreprise et aux usages. Automatisation, infogérance, gestion documentaire sont d'autres exemples de tels projets.

Une évolution informatique, matérielle ou logicielle, n'agit pas seule. Elle s'intègre dans un parc informatique existant ou en cours de refonte par d'autres partenaires de l'entreprise. Elle est mise en œuvre par des utilisateurs qui voient leurs usages modifiés, par des organisations qui se transforment. Le succès, ou l'échec, d'un projet informatique passe autant par le succès des briques technologiques déployées que par leur intégration dans l'environnement technique et organisationnel initial qui la mettra en œuvre. Ces environnements peuvent être délicats à caractériser. Si en entreprise, il est possible (sans être aisé) de documenter les processus organisationnels et d'anticiper l'impact de l'informatique, dans le grand public les usages et les environnements sont moins stéréotypés, si ce n'est moins connus. Alors que l'impact sur les usages est le plus visible, il faut aussi tenir compte de l'intégration dans les ressources informatiques de l'entreprise (réseaux, postes de travail, serveurs et personnels) puisque celles-ci sont partagées par tous les services informatiques. La gestion même de ces ressources est aussi engagée, puisque qu'elles peuvent être centralisées ou externalisées, avec différents modes de contractualisation, souvent co-existants au sein de la même structure.

3. L'expertise, pour préfigurer les imputabilités, doit tenir compte des dispositifs techniques, organisationnels et contractuels fortement intégrés

Cette forte intégration, tant des organisations de projet que des technologies et des usages, dilue les responsabilités. Les conditions de succès ne sont pas limitées au seul prestataire. L'organisation du client participe activement au projet et à son succès. Pour atteindre ses objectifs, le projet informatique doit mettre en œuvre un cadre de co-conception dans lequel le client et son fournisseur collaborent pour atteindre les objectifs. Cette co-conception est définie et organisée dans les documents projets et les plans d'assurance qualité. La responsabilité est diluée, parfois même aux limites des schémas organisationnels initiaux, ce qui peut mettre le dialogue dans l'impasse. Quand le client déplore des fonctions manquantes ou le non-respect des délais ou des budgets, le prestataire estime de son côté qu'il a réalisé sa part du contrat et que certains besoins ou éléments d'environnements n'avaient pas été formalisés par le client.

L'expert est ainsi au centre du débat entre les carences dont il doit s'assurer de la mesure objective et du contexte dans lequel elles ont émergées. Il permet d'assoir le plan d'action (pour le contentieux ou la correction) sur des bases solides.



II. Grief et préjudice : les point de départ du travail de l'expert

1. Le projet informatique est par nature complexe, le débat autour de ses carences demande de la sérénité et de la rigueur

L'expert est un spécialiste de l'informatique. Il est agréé par une cour d'appel et soumis au serment lors de ses interventions judiciaires. Lors de ses interventions privées, il se doit de respecter des règles déontologiques. Il est garant de la rigueur du débat, tant par la l'objectivité de ses notes que par l'équilibre qu'il impose dans le dialogue entre les parties. Cette rigueur crée des repères dans un contexte délicat où les parties manquent d'objectivité, ont parfois un sentiment d'injustice ou de déséquilibre dans le rapport de force avec leur contradicteur. Une compréhension partielle des données de la situation et une interprétation erronée de ses tenants et aboutissants peut exacerber ces sentiments.

L'expertise, notamment celle réalisée très en amont, conduit les parties à une vision globale du contexte et permet à chacun de se repositionner, tant sur la pertinence de son plan d'action face au contexte, que sur les risques auxquels il s'expose en l'exécutant.

2. Grief et préjudice sont les points d'entrée privilégiés par l'expert pour aborder la complexité d'un litige

L'expert judiciaire organise le débat entre les parties. Les éléments de dialogue adoptés spontanément se concentrent autour des notions de grief (ce qui s'est mal passé) et de préjudice (les conséquences de ce qui s'est mal passé, qui motivent la conduite d'une action contentieuse). Ces deux notions sont le point de départ du débat. Sans grief, pas de dossier ; sans préjudice, pas d'incitation à agir.

La logique privilégie pour l'exposé une approche linéaire qui part du grief pour arriver au préjudice. Toutefois les deux angles sont traités simultanément lors de différentes étapes :

- La présentation du grief qui récapitule les reproches,
- Le fondement du grief qui identifie les éléments du contrat ou de l'état de l'art qui justifie la procédure à l'encontre du grief,
- La démonstration du grief qui montre que les éléments reprochés se sont bien réalisés. Au mieux les parties ont fait procéder aux constats ad-hoc ou sont capables de reconstituer des environnements de tests pertinents. A défaut, elles sont capables de s'appuyer sur un référentiel documentaire plus ou moins solide.
- Les causes du grief qui déterminent les événements à l'origine de l'apparition du grief,
- L'imputabilité du grief qui montre le rôle des parties dans la maîtrise ou l'absence de maîtrise des causes,
- L'impact du grief, qui explicite les conséquences opérationnelles du grief,

- Le préjudice qui est la traduction économique de l'impact.

Les démonstrations, ainsi abordées, nécessitent un effort important de documentation et de mise en forme. Pour ne pas épuiser les parties inutilement, et pour leur permettre d'organiser leur effort dans la durée, il est important d'aborder le préjudice au plus tôt dans l'expertise. Les parties peuvent ainsi concentrer et organiser leur effort sur les griefs qui sont à l'origine des impacts les plus significatifs.

Lorsqu'il est expert judiciaire, l'expert clarifie les termes du débat pour lui permettre de se développer sur ces bases solides. Il assure le recentrage sur les différentes étapes de cette grille d'analyse et assure la rigueur et la documentation des argumentations. Dans ces procédures, essentiellement régies par le code de procédure civile, l'expert n'a pas en charge les investigations. Les investigations et les démonstrations sont à la charge des parties. L'expert, de son côté, valide les démonstrations qui lui sont proposées, recueille les pièces et supervise les tests lorsqu'ils sont nécessaires.

III. Les contributions de l'expert à la recherche de l'accord

1. L'expertise revisite le projet dans un contexte plus apaisé et facilite la reprise du dialogue

80 % des expertises ne sont pas prolongées par une procédure au fond. C'est un signe de la bonne utilité des expertises. Elles permettent aux parties de passer en revue leurs arguments et de jauger le rapport de force. L'avis de l'expert est décisif, le questionnement qu'il impose aux parties l'est également. Ce questionnement permet aux parties une revisite sans concessions et dépassionnée du film du projet. En faisant une analogie avec la métallurgie, l'expert procède au « recuit » du projet. Le recuit est une technique de métallurgie qui vise à améliorer la stabilité d'un métal en le réchauffant puis en le laissant se refroidir doucement. Ainsi abordé, l'expertise permet au débat de se développer dans un climat apaisé (sans nécessairement être pacifique).

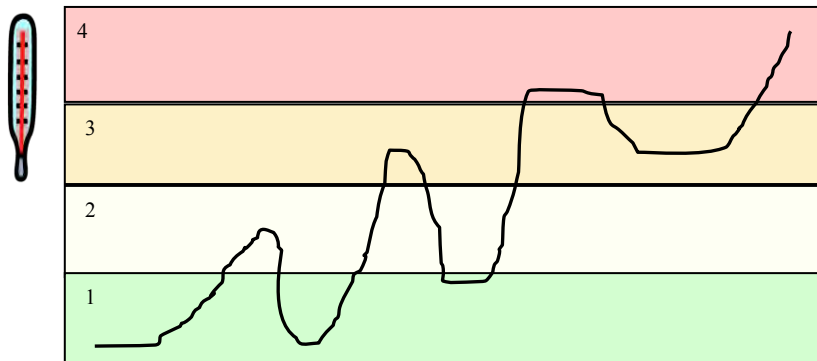
La garantie d'un débat équilibré met les parties en situation de renouer le dialogue. L'expertise est aussi l'occasion de remettre du dialogue au sein même des parties. Les réunions préparatoires permettent à chacune des parties de ré-aborder les points clés du projet, débarrassées de la pression opérationnelle et des enjeux collatéraux.

2. L'expertise, lieu du dialogue retrouvé

Bien souvent, à la naissance d'un projet la communication est optimale. Tout se passe bien, les réunions de projet sont fluides, la volonté d'aboutir encore intacte. Malheureusement de tels bons débuts n'assurent pas un bon déroulement du projet et bien souvent des difficultés surviennent. Elles sont alors gérées par les chefs de projet qui revoient les priorités ou repositionnent les compétences et les moyens à leur disposition. Parfois ces actions suffisent à remettre le projet sur les rails, parfois il est nécessaire de revoir l'enveloppe globale (cout, délai, performance).

D'autres fois encore, le projet s'expose à des négociations d'avenants tendues, qui, malgré les engagements pris, mènent à une crise ouverte. Là, il faudra envisager une résolution par l'arbitrage, la médiation ou le procès judiciaire.

L'essentiel des projets ne connaît pas de telles crises (crises que j'appellerais ici « montées de température »). C'est toutefois souvent le cas des projets qui arrivent en expertise.



Une montée de température mal contenue et un projet en crise

Quelques actions significatives aux différents paliers de température :

Zone verte (1) :

- Premiers troubles identifiés (dérapages, comportements,...)
- Projet (Conception, Réalisation, Mise en production)
- Contrat
- Présentation commerciale

Zone jaune (2) :

- Alertes en comité, inscription au compte-rendu, mise sous contrôle interne
- Tensions équipe de projet (mail de relance, refixation/rappels d'objectifs)

Zone orange (3) :

- Objectifs révisés, mise sous contrôle externe (huissier par ex)
- Courriers formels, lettre d' « avocats »

Zone rouge (4) :

- Jugement au fond
- Ordonnance d'expertise
- Ordonnance de saisie
- Rupture contractuelle
- Mise en demeure

3. En donnant du poids aux argumentations, l'expert aide à la maîtrise des montées de températures

Lors des montées de température, des successions d'aléas peuvent conduire à la crise malgré la compétence des équipes projets. Dans ces situations tendues, il est important d'éviter les postures contreproductives notamment celles qui consistent à avancer des arguments flous ou infondés (référence à des mesures hors de leur contexte ou à des disciplines transverses comme l'ergonomie, la sécurité ou même le juridique). Des argumentaires tels que « le contrat est un forfait, donc j'ai droit », « l'application est inutilisable », « elle plante mon réseau », etc., s'ils ne sont pas plus détaillés n'aident pas à contenir la fièvre. Parfois, ils peuvent retourner une négociation ponctuelle, mais sur le long terme d'un projet informatique, ils sont contre-productifs.

Parce que l'expert intervient avec un regard extérieur, avec l'habitude du dialogue entre les différents métiers du projet et une rigueur d'argumentation, il permet d'objectiver les constats et les argumentaires qui en découlent. Par son mode de questionnement, il facilite le lien entre les techniciens et les concepteurs des outils au service du projet. Lors des premiers contacts avec le projet, l'expert peut rappeler que toutes les certitudes ne sont pas fondées. Dans la « zone verte », il peut inciter son client à réaliser les sauvegardes qui serviront plus tard de support à des démonstrations et à documenter les décisions les plus critiques. Ainsi, l'expert améliore les résistances « immunitaires » du projet.

Les autres étapes sont plus classiques : dans la « zone orange », l'expert intervient pour mettre au point des éléments d'argumentation technique. Dans la « zone rouge », l'expert judiciaire au service du débat s'assure de la fiabilité des argumentations développées par les uns et les autres.

On voit bien ici qu'une intervention en « zone verte », intervention préventive, peut-être tout à fait avantageuse pour le client.

4. Différentes modalités d'intervention de l'expert selon la crise et l'état procédural


L'expert peut réaliser plusieurs types d'intervention.

Au service du débat, l'expert judiciaire ou amiable s'assure que chaque partie peut développer son point de vue dans des conditions sereines (l'expertise étant le premier endroit où les parties se retrouvent face à face).

Il peut également intervenir au service de l'argumentation, pour aider une partie à développer ou à tester ses arguments. Cela peut se faire au cours d'une expertise de partie ou d'une expertise privée. Là, l'expert répondra aux questions de son client et fournira une note au service du dossier. Dans cette forme d'intervention, l'expert est tenu par des règles déontologiques : la note qu'il produira doit correspondre à une vision objective du différend qui lui a été présenté de manière subjective. Il organisera ensuite le débat avec son client pour s'assurer que les éléments de sa note correspondent bien à des éléments défendables (et pas uniquement à la demande du client).

Enfin, l'expert peut intervenir au service du projet, avant même la crise. Dans ces cas là, son rôle se rapproche de ceux de « Risk Manager » ou « Contract Manager », tels que décrits dans la nomenclature des métiers du Syntec – (fédération des métiers de la branche études, conseil, informatique et ingénierie). Là, il permettra d'assurer que les dispositions du contrat sont bien suivies par les équipes projet et qu'elles sont bien mises en œuvre, même face aux aléas rencontrés.

Ainsi, la présence d'un expert peut s'avérer utile et précieuse dans les contextes de projets informatiques.



Le débat <ul style="list-style-type: none"> • Expert judiciaire • Expert judiciaire amiable • Expert amiable ou conventionnel 	Le débat (ordonnance ou lettre mission conventionnelle) <ul style="list-style-type: none"> • Organiser les éléments à verser au débat contradictoire • Répondre aux argumentations opposées
L'argumentation <ul style="list-style-type: none"> • Expert privé • Expert conseil 	Pour une partie (lettre de mission) <ul style="list-style-type: none"> • étayer son dossier, • évaluer les points forts et les points faibles, • Durcir le référentiel documentaire, • Etablir un pré-argumentaire sur les griefs, • Analyser les imputabilités réciproques
Le projet <ul style="list-style-type: none"> • Expert conseil, orienté risk/contract management 	Pour une partie (lettre de mission) <ul style="list-style-type: none"> • Superviser la tenu des objectifs • Détecter, qualifier les problèmes • Préparer le référentiel documentaire

Quelques préoccupations significatives des paliers de température

Plusieurs cadres sont possibles pour l'intervention de l'expert et ils dépendent du contexte.

Les missions de l'expert judiciaire et de l'expert judiciaire amiable, sont définies au sein d'une ordonnance. Le suivi est effectué par le service du contrôle des expertises.

La mission de l'expert amiable ou conventionnel est définie par les parties dans une lettre de mission. Elle est suivie par les deux parties.

La mission de l'expert privé est définie par une lettre de mission. Les productions de l'expert privé pouvant venir enrichir le dossier, l'expert privé est tenu par des règles déontologiques. Elles sont définies par le CNCEJ et peuvent être enrichies par la compagnie sectorielle à laquelle appartient l'expert (c'est le cas pour la CNEJITA). En cas de difficulté, il peut saisir la commission de la déontologie de sa compagnie.

L'expert conseil, qu'il intervienne pour aider son client à organiser son argumentation, ou en amont du projet pour cerner les risques et adapter le référentiel documentaire, est simplement tenu par l'obligation de conseil. Ses productions ne sont pas communiquées en procédures.

IV. Conclusion

A l'heure du numérique, l'informatique est amenée à simplifier les tâches, à inventer de nouveaux métiers, à créer des ruptures de société. Magie de l'informatique, ce qu'elle propose à ses utilisateurs, elle se l'applique à elle-même ; nouvelles architectures, nouveaux modèles économiques, nouvelles organisations. La façon de contractualiser et de conduire des projets informatiques évolue constamment.

Nouvelles architectures, nouveaux modèles économiques, nouvelles organisations : la manière de conduire des projets informatiques, petits ou grands, évolue sans cesse. Le site internet d'un artisan peut désormais être réalisé sur une plateforme web 2.0, la musique stockée dans les nuages (« cloud »), notre déclaration d'impôts signée numériquement... L'informatique d'entreprise s'essaie même à des modèles de facturation sur la base du « consommé » plutôt que du forfait.

Aucun secteur de la vie économique n'échappe à ce bouleversement.

Mais parfois, la « jeunesse » de ces nouveaux modèles informatiques peut amener le danger. Leur mise en place, souvent délicate à piloter, peut engendrer des zones d'ombres. Bien souvent, c'est justement à ces zones d'ombres que l'expert se retrouve confronté lors de la résolution d'un litige. Dans certains cas, elles constituent l'origine même du litige.

Dans un tel contexte, et au vu des enjeux financiers, souvent très importants, les entreprises ont tout intérêt à intégrer, le plus tôt possible, le travail de l'expert. A quand, même, l'intégration d'un nouveau type d'expert, un 'expert-coach', associé dès le début des projets à leur élaboration et leur suivi ?

III. Table ronde (points de vue, retours d'expérience, attentes)

La table ronde est animée par Maître Christiane FERAL-SCHUHL, Avocat à la Cour d'Appel de Paris et futur Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

Maître Christiane FERAL-SCHUHL

Je remercie la CNEJITA pour cette réunion annuelle qui dresse une forme d'état des lieux et offre la possibilité de repartir sur de nouvelles bases mais aussi, pour les experts, de se remettre en question. Les modes alternatifs de règlement des litiges apportent une dimension et une consistance tout à fait intéressantes et dont il faut tenir compte. Dans le monde des nouvelles technologies et du numérique, nous sommes confrontés à des questions techniques qui nécessitent une expertise. Nous avons donc besoin de votre éclairage et de votre connaissance de cette expertise qui donne une dimension autre à cette analyse. Vous avez voulu cette table ronde pratique puisqu'elle porte sur les points de vue des uns et des autres, sur les retours d'expérience et sur les attentes, formulées également par le justiciable. Cette table ronde permettra donc de revenir sur le rôle de l'expert au travers des différents acteurs du litige : le client, l'avocat, l'Expert et enfin le juge.

III.1 Pour l'évaluation du risque et la prise de décision (aller ou pas au litige ?)

Madame Bénédicte LIJOUR
Directeur Juridique CAPGEMINI France

En tant que juriste d'entreprise, je considère que le rôle de l'expert est extrêmement important dans l'appréciation du risque et de la réclamation du client. D'après mon expérience, je privilégie l'expertise amiable à l'expertise judiciaire car elle nous permet de mieux cerner le bien fondé de la réclamation d'un client avant de décider de nous engager dans un contentieux, dans une transaction amiable, voire dans une médiation. Les différents rôles de l'expert ont déjà été présentés. Si l'expert, amiable ou judiciaire, présente pour le juriste d'entreprise des points communs, il existe néanmoins des différences majeures qui sont essentielles dans l'évaluation du risque et dans notre nécessité de recourir à des experts amiables. Lorsque l'expert est nommé par un juge, il existe toujours un aléa dans la définition de la mission : or les prestataires de services que nous sommes ont toujours pour souci majeur de s'assurer, auprès de nos avocats, que cette mission correspondra bien au périmètre dans lequel nous avons besoin de l'expertise. Il est connu qu'un contentieux se gagne pendant l'expertise. La préparation d'une expertise, qu'elle soit judiciaire ou amiable, nécessite un énorme effort pour une entreprise dans la gestion et l'accompagnement de cette expertise afin qu'elle soit pertinente. Trois éléments sont donc fondamentaux dans le rôle de l'expert dans l'évaluation d'un préjudice : sa légitimité, sa neutralité et son formalisme.

L'expert doit être légitime puisqu'il est le sachant, du point de vue des compétences techniques, et qu'il a une vision de l'aspect technique du problème mais aussi il connaît ce que peut offrir la jurisprudence et anticiper la réaction du juge face à une situation litigieuse. L'expert parle le même langage que les opérationnels et apporte son savoir et sa pédagogie. La présence d'un tiers, sachant et expert, permet aux opérationnels de mieux s'ouvrir, de se sentir en terrain connu et de fournir des informations utiles.

L'expert doit également être neutre : il éclaire le juge et apporte un regard neuf. Il n'est pas soumis à des pressions internes de gestion de budget ou de P&L, ou encore d'évaluation en fin d'année sur la réussite d'un projet. Il a une objectivité technique, avec une vision dépassionnée et efficace qui lui permet d'instruire un dossier factuel dans l'intérêt des deux parties, prestataire de service comme client.

Enfin, l'expert doit faire preuve de formalisme. Comme l'entreprise manque parfois de formalisme, les opérationnels ne prennent pas toujours conscience de l'importance de l'enjeu et de la situation. L'expert lui, écrit des notes et des rapports en amont, ce qui sensibilise et réveille les opérationnels, leur permettant de prendre du recul et de dégager des solutions. L'expertise amiable permet donc d'anticiper, de prendre des initiatives et fait par conséquent gagner du temps tant au client qu'à l'entreprise prestataire de service. L'évaluation technique et financière réalisée par l'expert donne en outre une meilleure approche de la conduite à tenir et des risques sur la suite du dossier. Le succès de l'expertise amiable est lié à une définition claire de la mission dans des délais raisonnables. Il faut aussi, pour qu'une expertise soit efficace, se donner les moyens et donner les moyens à l'expert de réaliser cette mission dans les meilleures conditions, même si cela occasionne des dépenses et exige de mettre à disposition toutes les ressources nécessaires. Au final, ceci permet de savoir si le dossier est solide et de déterminer si les réclamations du client sont réalistes ou utopistes, puis, éventuellement, de courir le risque de l'aléa judiciaire et de poursuivre le contentieux ou, au contraire, de recourir à une transaction, amiable ou à la médiation, et de gagner ainsi du temps tout en ayant deux parties satisfaites à un moindre coût.

III.2 De l'analyse du risque à la négociation de l'accord amiable

Maître Christiane FERAL-SCHUHL

Avocat à la Cour d'Appel de Paris et futur Bâtonnier du Barreau de Paris

L'expertise a vocation à intervenir dans des hypothèses extrêmement variées qui se sont enrichies dans le temps. Le réflexe d'aller consulter l'expert est aujourd'hui bien intégré dans le raisonnement et le mode d'action des avocats. J'illustrerai mon propos par quelques exemples issus de mon expérience professionnelle puisque j'ai souvent eu, depuis trente ans, à travailler avec des experts. Je n'ai pas l'intention de dresser un catalogue mais j'essaierai de mettre en exergue le rôle, parfois inattendu, de faiseur d'accords d'un expert. L'expert permet effectivement d'aboutir à ces accords car il comprend le problème et permet d'avancer vers la résolution du litige.

I. L'expert désigné par un juge, dans le cadre d'un contentieux

Dans cette première hypothèse, que l'expert ait été nommé au début (dans le cadre d'un référé) ou à la fin de mise en état de l'affaire (c'est-à-dire à un moment où les parties sont engluées dans le problème technique et décident de le dénouer avec l'aide d'un expert), le rôle de l'expert est de permettre à chacune des parties d'apprécier la pertinence et le bien-fondé de ses prétentions. Une fois cet éclairage apporté, les parties arrivent parfois à se rapprocher avant que le litige ne soit tranché par un juge.

J'ai été confrontée à une situation où, avec un autre avocat, attendant de voir nommer un expert dans le cadre d'un référé expertise, nous sommes finalement arrivés devant le juge pour lui dire que les parties s'étaient mises d'accord sur le nom de l'expert et sur sa mission. Le juge a alors répondu que, puisque nous étions d'accord sur le nom de l'expert et sur sa mission, nous n'avions plus besoin de lui : nous nous sommes alors retrouvés sans expert. Ce type de situation ne se reproduirait plus aujourd'hui, ce qui illustre une évolution intéressante : on peut être d'accord sur un expert donné et sur une mission donnée tout en attendant l'éclairage de l'expert qui permettra de poursuivre le litige et de trouver ensemble une solution.

L'expert peut être nommé dès le commencement du litige, mais aussi à tout moment de la procédure. Dans un dossier sur lequel je suis intervenue, l'expert a été désigné après plaidoirie devant la Cour d'Appel. Ceci montre qu'il existe des moments où les deux parties sont davantage à l'écoute de cette solution technique et que ces moments peuvent intervenir presque à tout moment du litige. L'expert dresse un état des lieux des éléments en présence, ce qui permet à chaque partie de mieux comprendre et de mieux évaluer ses forces et ses faiblesses. Les parties peuvent alors ressentir qu'un accord amiable est possible et le rechercher, alors même qu'un juge est présent et à même de trancher le litige.

Ce rôle de l'expert est important et assez unique : il se situe dans le cadre du contentieux, dans le périmètre du débat judiciaire mais avec une porte ouverte et un rôle de « faiseur d'accords » de l'expert qui est précieux et apporte des solutions.

II. L'expert intervenant dans le cadre d'une médiation

Je suis médiatrice depuis une quinzaine d'années et il m'est souvent arrivé de faire intervenir des experts dans le cadre de la médiation puisque les parties ont, à certains moments, besoin d'un éclairage technique pour avancer. Lors d'une médiation, une condition avait été posée dès le départ : alors que normalement la médiation repose sur le principe de confidentialité, sauf si les parties décident de rendre publics certaines pièces ou échanges, il avait été convenu que, en l'espèce, l'expert trancherait une partie du différend et que les parties acceptaient le principe de non-confidentialité du rapport de l'expert. Les parties étaient effectivement tellement conscientes de l'importance de cet avis technique qu'il était convenu que, si l'avis technique ne permettait pas d'aboutir à une solution amiable, il permettrait au moins de poursuivre les débats judiciairement. Telle est la richesse de la médiation qui ouvre une porte : l'expert est perçu comme le meilleur moyen d'avancer pour trouver une solution et son rapport était tellement important qu'il constituait un élément dans la continuité du débat si la médiation n'aboutissait pas.

III. L'expert et la nouvelle convention de procédure participative

Par la convention de procédure participative, issue de la loi du 22 décembre 2010, les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à essayer de trouver un accord pendant une durée déterminée, en toute bonne foi. Certains ont même baptisé cette convention « contrat de non-agression à durée déterminée ». Cette formule n'interdit pas de poursuivre judiciairement, alors qu'en Amérique du Nord cette procédure enferme les parties dans la conciliation, leur fermant la porte de la voie judiciaire. Il est probable, même si cette procédure est encore très récente, que l'expert pourra y jouer un rôle important, en tant que tiers impartial et avisé qui aiderait les parties à régler leurs différends, grâce à sa distance et à son impartialité et qui apporte un éclairage technique. Il faut toutefois savoir que la durée de cette procédure est limitée, ce qui crée une contrainte de temps.

IV. Les risques du recours à l'expert

Le recours à un expert peut comporter des risques puisque, dans le monde numérique, la question de l'opportunité du recours à un Expert est très fréquente. La première question qu'un avocat se pose lorsqu'il est confronté à l'éventualité d'une expertise est celle-ci : « qu'est-ce que j'attends de l'expert ? ».

Je souhaite proposer ici une sorte de cahier des charges pour l'expert qui comprendrait l'indépendance de l'expert, les compétences requises par le domaine, l'efficacité, la réactivité, la disponibilité et le souci d'apporter un éclairage permettant de conduire à la solution du litige. Le pire serait effectivement que l'éclairage technique renvoie dos à dos les parties. Les questionnements doivent être fermés par le rapport de l'expert pour permettre, devant le juge, un débat sur un périmètre restreint.

L'expertise est une procédure équitable qui doit être fondée sur la compétence, l'indépendance et l'impartialité de l'expert. La crédibilité de son avis dépend de ces trois critères. A cet égard, les exigences que nous avons à l'égard de l'expert sont de plus en plus fortes à mesure que les problématiques techniques se complexifient.

Il faut également faire attention aux missions trop larges confiées à l'expert. Il est rationnel et préférable d'inviter le juge à énoncer les questions particulières et précises qui requièrent un éclairage de l'expert. Le juge ne doit pas reporter sur l'expert l'ensemble du litige, mais bien identifier les points de discussion pour que les réponses à ces questions permettent d'avancer dans la solution du litige. Pour illustrer mon propos, je souhaiterais faire un parallèle avec le droit des brevets. Le domaine des brevets est réputé complexe et technique. Pourtant, le recours à un Expert dans le cadre de contentieux sur un brevet est beaucoup moins fréquent – j'ai même envie de dire moins systématique – qu'en matière informatique où le juge a tendance à reporter sur l'expert la mission de recherche de solutions. Une mission trop large confiée à un Expert est également un risque que ce dernier aille au-delà des simples constatations techniques et factuelles. Par souci de bien faire et de remplir l'intégralité des chefs de missions confiées, des avis peuvent finalement étendre le périmètre et aller bien au-delà de cet éclairage technique. La pratique du pré-rapport soumis à la contradiction des parties puis d'un rapport définitif permet toutefois de réduire la marge d'incompréhension qui peut exister entre les experts et les avocats. Il est donc bon de favoriser ces points d'échange.

Enfin, un dernier point concerne l'opportunité de prévoir, dans les contrats informatiques, le recours à une expertise amiable ou à une expertise de conciliation préalable à tout contentieux. Dès les années 2000, l'intérêt de cette expertise de sauvetage avait été évoqué : le tiers qu'est l'expert joue alors un rôle dans l'énoncé des solutions à trouver au fil de la réalisation des projets informatiques. J'avais dès cette période publié des articles sur cette problématique. Les projets informatiques ont vocation à évoluer, en raison de l'évolution des technologies et de la précision des besoins qui, puisqu'ils évoluent, ne peuvent s'exprimer que dans le temps. De là naissent les petits litiges qui polluent la relation et mettent en péril la relation contractuelle. Cette expertise « de sauvetage » en cours de projet permet de rebondir et d'avancer dans le projet, à la satisfaction des deux parties.

Le développement de cette pratique suppose que les experts soient formés à cette procédure et au processus d'adhésion volontaire qu'il doit créer. L'obtention d'un accord amiable grâce au concours d'un Expert suppose également que la mission de l'Expert soit clairement définie en amont. Au moment même de la discussion d'un projet informatique, il faut donc être capable d'anticiper les différents scénarii à risque susceptibles de se produire : l'expert trouve alors des solutions à apporter à ces différentes étapes et apporte ses ressources que sont sa compréhension du projet en amont et les multiples options de solutions qu'il voit se dessiner et qui sont susceptibles d'être portées à la connaissance des parties.

En conclusion, je reviendrai sur trois idées. (i) L'expertise a désormais vocation à intervention dans des hypothèses très différentes qui se sont diversifiées au cours du temps et qui redonnent aujourd'hui à l'expertise de nouvelles perspectives, surtout à un moment où les parties souhaitent de plus en plus éviter le contentieux et trouver des solutions hors des juridictions. (ii) L'expert est sollicité en tant que sachant : la qualité de son expertise est liée à ses compétences techniques et professionnelles, mais également à sa capacité à ne prendre en considération que les éléments factuels incontestables qu'il examine et qu'il apprécie. (iii) Pour les modes de résolutions alternatifs, l'état d'esprit de l'expert, des parties et des avocats reste un élément fondamental, important et même indispensable pour la réussite de la solution.

De nouvelles perspectives s'ouvrent donc pour l'expert dans ces modes alternatifs au mode judiciaire.

III.3 Le rôle de l'Expert dans le cadre des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC) ?

Monsieur Stéphane LIPSKI
Expert agréé par la Cour de cassation

Je parlerai de l'intervention de l'expert en dehors de l'expertise, dans le cadre d'un mode alternatif de résolution des conflits, où l'expert interviendrait pour apporter un éclairage technique. De nombreux contrats dans le domaine informatique contiennent des clauses qui prévoient une conciliation : celles-ci devraient être généralisées, ce qui éviterait les longs procès. Elles devraient en outre désigner un expert conciliateur et prévoir le déroulement d'une telle situation car il est effectivement important que le déroulé soit bien prévu dès l'origine. Les parties ont effectivement vocation à continuer à travailler ensemble, ce qu'elles ne peuvent faire qu'en évitant le litige judiciaire qui dure des mois et crispe les désaccords, même si ces derniers sont limités. Le dialogue doit être maintenu entre les parties, et notamment entre les directions générales. Dans la plupart des cas, les parties se rendent compte de leur responsabilité : la mission de l'expert consiste à analyser les responsabilités réciproques et de mettre chaque partie face à ses propres responsabilités.

Les avantages d'une solution autre que l'expertise judiciaire sont d'avoir un formalisme plus léger, une durée plus courte et la possibilité d'intervenir *in vivo*. Ce qui est dramatique dans le cadre d'une expertise judiciaire, c'est que l'expert réalise en autopsie, une fois que tous les systèmes informatiques ont été abandonnés, ce qui rend sa mission beaucoup plus complexe car il intervient plusieurs années après les faits alors que l'informatique évolue très rapidement. L'expert amiable peut intervenir beaucoup plus rapidement, travailler sur des systèmes existants et avoir un avis plus rapide et plus performant. Par ailleurs, comme le formalisme est moindre et l'intervention plus rapide, les coûts sont beaucoup plus réduits. Or, le coût de l'expertise judiciaire est important puisqu'il englobe le système d'expertise judiciaire, avec des avocats et les experts conseils et une procédure contradictoire qui dure entre six mois et un an.

Quelle est la valeur ajoutée de l'expert technique dans une procédure alternative de résolution des conflits ? Il a une connaissance technique du sujet et, pour trouver rapidement une solution, les parties doivent comprendre la situation technique et leurs responsabilités techniques relatives. Les parties sont presque toujours persuadées d'avoir totalement raison : l'expert identifie les responsabilités de chaque partie et leur explique, ce qui leur permet d'évoluer vers une solution. Dans le cadre de l'expertise amiable, l'expert peut intervenir avec une vision d'ensemble des responsabilités alors que, dans le cadre de l'expertise judiciaire, il ne traite que les points précisément spécifiés et n'a pas à donner une appréciation globale de la situation. L'expert peut éclairer techniquement chacune des parties, selon sa capacité technique à comprendre les responsabilités respectives et les solutions qui peuvent être apportées. Le cas échéant, il peut même traiter les questions de responsabilité financière.

Pour que cette intervention soit efficace, il convient en premier lieu de définir précisément la mission qui sera confiée à l'expert, en précisant les points soumis à l'expert, les éléments couverts ou non par la confidentialité. Il convient également d'obtenir l'accord des parties.

Je suis récemment intervenu comme conciliateur avec comme première mission de définir le périmètre de la mission, les éléments confidentiels et le champ examiné. J'ai ensuite réalisé une analyse technique pour apprécier les responsabilités de chaque partie. Une troisième phase a consisté à indiquer, en fonction de la responsabilité et de l'appréciation des préjudices de chaque partie, quelle pouvait être la répartition en matière de responsabilité et en matière financière de manière à sensibiliser chaque partie à ce que serait l'appréciation de l'expert dans le cadre d'une expertise judiciaire. Ces étapes se déroulent en deux ou trois mois. Chaque partie considérait à l'origine qu'elle avait subi un préjudice colossal et que la partie adverse portait toute les responsabilités. Les deux parties voulaient toutefois continuer à travailler ensemble. L'étape suivante consiste à s'entretenir directement avec les dirigeants puisque, au fur et à mesure de l'expertise, voulant démontrer leur bonne foi, les opérationnels finissent par se convaincre qu'ils ont raison et il devient alors difficile de trouver une solution amiable. Dans le cas particulier que je mentionnais, j'ai réuni les dirigeants – et uniquement les dirigeants – pour discuter avec eux et avoir une appréciation beaucoup plus détachée de la situation, ce qui a permis, *in fine* d'aboutir à un protocole d'accord.

En conclusion, cette voie de résolution des conflits, en dehors de l'expertise judiciaire – qui est naturellement utile dans certains cas, pourrait s'appliquer à de nombreux cas, si l'on prévoyait de manière plus systématique dans les clauses contractuelles des clauses de conciliation ou de médiation. Ces clauses, en prévoyant l'intervention de l'expert technique, permettraient d'avancer de manière plus efficace.

III.4 Du bon usage de l'avis de l'Expert : rapport judiciaire, rapport privé

Monsieur Christian BENETEAU

Magistrat en charge du Contrôle des expertises au Tribunal de Commerce de Nanterre

Je remplace Michel ZOUDE, Président délégué chargé du contrôle des expertises au Tribunal de Commerce de Nanterre, qui a eu un empêchement.

I. Le rôle du juge au cours de l'expertise, désigné par ordonnance de référé ou jugement avant dire droit

80 % des désignations d'expert se font dans le cadre d'une procédure de référé. Le juge des référés est dessaisi une fois que son ordonnance a été rendue et le juge du suivi du contrôle prend alors la suite. Le juge en charge du contrôle peut avoir été le juge des référés. 20 % des experts sont désignés par le juge du fond avant dire droit : le juge du contrôle prend également la suite du déroulement de l'expertise.

Dans les deux cas, le juge du contrôle ne vient à connaître l'expertise que lorsque des difficultés se présentent et font obstacle au bon déroulement des opérations d'expertise. Toute la procédure qui consiste à consigner, acceptation de l'expert... se déroule normalement entre l'expert, les parties et le greffe et le juge du contrôle n'est pas au fait. Ce n'est que lorsque des difficultés surviennent qu'il intervient. Il réunit alors les parties et l'expert ou les parties ont alors recours au tribunal tel un malade qui vient demander un remède à son médecin. Il convient alors pour le juge du contrôle de

réunir les parties avec l'expert. Au-delà des situations classiques de demande d'extension ou d'interprétation de mission, le juge peut notamment se trouver face à d'autres cas décrits ci-dessous.

Une des parties demande l'arrêt de l'expertise pour des raisons de coût et/ou de durée. En fait, arrivé à ce point, il n'est pas à exclure que l'expert a pu déterminer les points essentiels de sa mission et que les parties savent alors à quoi s'en tenir : c'est un moment propice pour le juge du contrôle de suggérer que les parties se rapprochent pour tenter de trouver un accord amiable, ce que ne pouvait faire l'expert (article 240 du Code de procédure civile), et de faire valoir qu'il n'est pas nécessairement dans l'intérêt des parties de poursuivre plus avant l'expertise, augmentant alors et le coût et la durée de celle-ci et de la procédure en général. Une fenêtre est possible pour proposer une sortie à l'amiable.

Dans un autre cas, l'expert fait état de difficultés dans l'obtention des pièces ou dans l'accès aux fichiers dont il a besoin de prendre connaissance. Telle est la difficulté majeure à laquelle nous sommes confrontés. Le juge chargé du contrôle peut alors intervenir pour dresser devant les parties un rapport d'étape avec l'aide de l'expert, apprécier l'importance pour l'expert des pièces sollicitées, en présence des parties, et déterminer les documents qui doivent être communiqués. Là encore se présente une opportunité pour un accord amiable car les points relevés peuvent servir de base à un rapprochement hors expertise ; en effet, il n'est pas rare que les parties hésitent à la question directe du juge : « voulez-vous vraiment continuer dans l'expertise ou n'y aurait-il pas une autre voie qui pourrait être explorée ? ».

Enfin, l'une des parties fait état d'une expertise privée qu'elle a diligentée avant l'assignation ou en cours de procédure. Si l'expertise privée a été bien conduite, selon l'avis de l'expert judiciaire, le juge peut avantageusement proposer à l'autre partie d'admettre tout ou partie des conclusions de l'expertise privée et de les verser au dossier de l'expertise judiciaire, la rendant ainsi contradictoire, ce qui génère une économie de temps et d'argent, l'expert n'ayant pas à reprendre les mêmes opérations. S'il y a désaccord sur la qualité et la fiabilité des données recueillies et analysées, on tombe alors dans la querelle entre experts susceptibles d'aboutir à des conclusions sinon opposées, tout au moins sensiblement différentes : il convient alors que l'expert décide d'écarter ou non tout ou partie des rapports d'expertise privée dans son propre rapport, en gardant à l'esprit qu'il n'est pas inintéressant pour le juge du fond d'avoir l'avis de l'expert sur les rapports d'expertise privée qui, le cas échéant, seront produits par les parties lors de la procédure au fond au travers de leurs conclusions en ouverture de rapport.

II. Le rôle du juge à la reprise de l'instance après dépôt du rapport d'expertise et des conclusions en ouverture de rapport

Schématiquement, deux grandes lignes se dessinent.

D'une part, les conclusions des parties consistent en un énième dire qui continue de contester les conclusions du rapport de l'expert. Il faut reconnaître que cette situation est devenue moins fréquente depuis que l'expert dresse un pré-rapport ou une note de synthèse pour que lui soient communiqués les derniers dires avant le dépôt du rapport définitif proprement dit. Le juge a peu de chance de voir une proposition d'accord amiable aboutir alors que les parties lui demandent manifestement de trancher.

D'autre part, les conclusions en ouverture de rapport tiennent compte, en partie tout au moins, des conclusions du rapport de l'expert. La voie est alors ouverte pour que le juge du fond essaie de concilier les parties, ce qui entre bien dans sa mission, quitte à les convoquer à nouveau pour leur laisser un délai de réflexion.

III. Les attentes du juge dans le rapport de l'expert

Le juge attend que l'expert donne son avis sur tous les points pour l'examen desquels il a été commis, permettant une bonne compréhension des problèmes, en évitant, dans la mesure du possible, l'usage d'un vocabulaire trop technique, même si l'exercice peut paraître difficile dans le domaine de l'informatique, en faisant preuve de concision et de clarté dans ses conclusions qui devront tenir compte des règles de l'art ou des pratiques habituellement observées dans le domaine de l'activité concernée.

IV. Débats

Laurent VERRECHIA, Expert financier

J'interviens souvent comme sapiteur de l'expert technique. Dans de nombreuses spécialités techniques telles que métallurgie, chimie, pollution, la frontière entre l'expert technique et l'expert financier est assez nette. L'expert technique recourt donc à un sapiteur financier pour démêler les problèmes financiers, compliqués en matière informatique puisqu'ils ont trait à des éléments immatériels. Or, dans le domaine informatique, l'expertise inclut très généralement, comme un appendice assez modeste par rapport aux développements techniques, l'expertise financière. Quelle expérience avez-vous de ce problème relatif à la frontière entre des spécialités d'expertise différentes ? Quelle est la doctrine de la CNEJITA en la matière ? Quelle est la pratique des magistrats sur ce point ?

Nathan HATTAB

Stéphane LIPSKI est à la fois expert inscrit en comptabilité et expert en informatique, il sera plus à même de vous répondre.

Stéphane LIPSKI

Tout dépend de la mission de l'expert : dans un certain nombre de cas, la mission de l'expert est une mission technique dans le domaine informatique. Le problème ne se pose alors pas puisque l'expert traite sa mission. Si la mission comporte un aspect financier, soit l'expert a soit les compétences pour le traiter et il le traite, soit il ne les a pas et recourt à un sapiteur financier. Il appartient à l'expert d'apprécier s'il a les compétences.

Nathan HATTAB

Il m'arrive de faire appel à des sapiteurs financiers pour apprécier des préjudices. L'expertise se déroule d'abord sur un plan technique souvent pour examiner des dysfonctionnements. Les parties expriment ensuite leurs postes de préjudice qui sont liés aux dysfonctionnements et les décrivent. Certains postes de préjudice peuvent me poser problème. Je n'ai pas les compétences pour vérifier la comptabilité d'une entreprise et ses pièces comptables. Je recours alors à un expert comptable qui récupère les dires des parties sur le préjudice. Nous organisons souvent une voire deux réunions avec les parties autour d'un pré-rapport du sapiteur. Des questions sur la réalité des dommages et leur évaluation ainsi que sur l'imputabilité entretiennent une interaction entre l'expert et le sapiteur. La collaboration est souvent étroite et le rapport final en sort renforcé.

Christiane FERA-SCHUHL

Il me semble que la question de l'évaluation du préjudice se pose dans toutes les matières. Stéphane Lemarchand a observé tout à l'heure que le dire en matière de préjudice intervient à la fin, après les discussions techniques alors que l'évaluation du préjudice est un aboutissement mais aussi l'élément fort attendu par les parties. Je pense que la formation à l'évaluation du préjudice, y compris pour les avocats, mériterait un traitement spécifique, une formation particulière ou, du moins, une attention particulière.

Stéphane LEMARCHAND

Je crois que le contentieux informatique comprend traditionnellement une part insuffisante de traitement de la problématique de l'évaluation du préjudice, ce qui est peut-être d'abord la faute des parties et de leurs avocats. Culturellement en France, le contentieux de la responsabilité est d'abord un contentieux de la faute avant d'être un contentieux du dommage, ce qui est propre à la culture du contentieux de droit civil, contrairement au droit anglo-saxon. Monter un dossier de réclamation en contentieux informatique est plus compliqué que le défendre, surtout du point de vue du préjudice. Faire la démonstration d'un préjudice et convaincre sur la réalité d'un préjudice solide et retenu par les magistrats requiert un travail considérable. A ce stade, l'expert doit jouer un rôle. Les derniers exemples de dossiers victorieux, notamment sur les montants de compensation obtenus devant les magistrats, concernent des dossiers où nous avons, dès le début du dossier, impliqué à nos côtés un expert en évaluation du préjudice pour aider la direction financière d'une entreprise à construire son dossier de preuves documentaires du préjudice subi. Pour les sinistres informatiques, il existe souvent un écart majeur entre le montant d'un projet et celui d'un sinistre : malheureusement, la capacité à le démontrer est encore exceptionnelle et les montants de condamnation montrent cette difficulté pour les demandeurs.

Si ce sujet de l'évaluation et de la vérification de la réalité d'une réclamation est pris en compte et inclus dans l'expertise judiciaire, il jouera un rôle fondamental dans l'appréciation des chances de succès pour le demandeur et des risques pour le défendeur. C'est dans ce cadre là que la perspective d'une transaction peut intervenir. L'assureur est l'acteur qui manque à notre panel de ce jour. L'assureur du défendeur (éditeur de logiciel, société de services...) qui doit accompagner son client sur la prise en charge des frais de la procédure et, le cas échéant, de la compensation du préjudice a besoin d'être informé très tôt de l'étendue du dommage que l'expert pourrait retenir.

Emmanuel BINOCHE, magistrat au TGI de Paris

L'intérêt de prévoir le préjudice le plus rapidement possible en amont est le suivant : il sera alors possible de l'évaluer le mieux possible et les parties pourront apprécier le risque et éviter l'aggravation du préjudice. Nous connaissons la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de relation au préjudice et d'indemnisation et il est extrêmement important de l'intégrer dans notre culture judiciaire, et même dans notre culture de résolution amiable du conflit, pour éviter ces phénomènes. On constate, dans le contentieux de la construction, que les assureurs interviennent beaucoup plus tôt dans la procédure que précédemment. Je vois donc tout l'intérêt que les assureurs interviennent plus tôt dans d'autres types de contentieux et de litiges.

J'ai été confronté par ailleurs, dans une expertise assez lourde, à la question de savoir s'il fallait désigner l'expert chargé d'évaluer le préjudice en tant que sapiteur, laissant le champ libre à l'expert principal, ou nommer directement un co-expert. Le sapiteur est parfois insuffisamment

impliqué avec l'expert en titre alors que, s'il est co-expert, mené dès le début, les analyses factuelles qui résultent du spécialiste et de l'appréciation du dommage pourront s'interpénétrer, être beaucoup plus fines et mieux éclairer les parties sur l'intérêt de poursuivre la procédure ou d'essayer de trouver une solution amiable. Il serait très intéressant d'intégrer dans notre culture l'évaluation en amont du déroulement du différend ou de l'évolution du litige. Nous ne pouvons effectivement plus avoir une vision statique mais devons avoir une vision dynamique. Ce point nous remet en cause car, dans la mesure où nous ne savons pas si les affaires aboutiront au plan judiciaire au fond, nous avons tendance à définir des missions d'expertise assez larges. Les parties puis le juge pourraient cependant proposer des missions bien ciblées afin que le débat, y compris à l'audience, préalablement à la désignation de l'expert et à la définition par le magistrat de la mission, porte sur la mission elle-même, ce qui est trop rarement le cas.

Christiane FERAL-SCHUHL

La définition de la mission d'expertise est effectivement très importante et milite aussi pour cet énoncé des points d'éclairage attendus.

Philippe GLASER, Avocat

Je souhaite tout d'abord émettre une observation. Il est effectivement important de former les avocats sur le préjudice, point extrêmement compliqué, notamment en matière informatique. Les avocats n'hésitent d'ailleurs plus à recourir à des experts sur ce point. L'évaluation du préjudice est très ardue en matière informatique puisque l'échec d'un projet est aussi un échec pour l'entreprise. Je crois qu'il est important que les experts informatiques n'hésitent pas à faire appel à un sapiteur. Il est effectivement dangereux que les experts qui n'ont pas la compétence en matière de chiffres abordent ce sujet trop rapidement car les tribunaux considèrent souvent que les rapports méritent une attention particulière, plus importante que les écritures des avocats. Les rapports sont souvent entérinés, s'ils sont bien présentés par les conseils. Les experts doivent avoir conscience qu'ils sont lus et écoutés : ceux qui n'ont pas l'aisance suffisante pour se prononcer en matière d'évaluation du préjudice ne doivent donc pas hésiter à solliciter des sapiteurs.

Ma question porte sur l'expertise amiable. Les contrats informatiques contiennent souvent des clauses de médiation mais le temps ne permet pas toujours l'application de la convention. Lors de l'échec d'un projet, les parties sont irritées et il est difficile de les concilier, sauf si un expert indique qu'une partie a raison. Pensez-vous que cette expertise amiable, dans le cadre de la procédure participative, donnera lieu à des clauses de prescription ou de forclusion ? Est-il courant que les parties prennent le risque de voir le temps s'écouler sans interruption préalable ?

Stéphane LIPSKI

Les contrats comprennent souvent des clauses de médiation ou de conciliation mais nous n'aboutissons pas souvent à une solution. Quand ces clauses sont mises en œuvre, le litige est déjà bien avancé. En outre, la rédaction de ces clauses impose aux parties de se réunir mais aucun conciliateur ou médiateur n'est désigné. Quand les clauses de médiation prévoient la désignation d'un conciliateur expert, il est plus facile de trouver des solutions. Dans l'idéal, il conviendrait que, pour les gros projets, des clauses prévoient le suivi du projet par un expert, sans attendre la fin. Une évolution doit se faire, dans les contrats et dans la manière dont ils sont rédigés, pour inclure ce type de clauses ou, du moins, des clauses systématiques de médiation ou d'arbitrage, ce qui aiderait à trouver des solutions autres que judiciaires qui ne sont pas satisfaisantes du point de vue économique.

Nathan HATTAB

Concernant le recours au sapiteur, la CNEJITA applique une règle tacite qui prévoit que pour les préjudices qui dépassent une certaine somme ou une certaine complexité, il convient de recourir à un expert financier ou comptable. Certains experts judiciaires ont une expérience professionnelle en tant que chef d'entreprise ou directeur informatique de grandes entreprises, qui leur permet d'évaluer un préjudice. En tant qu'experts informaticiens, il nous arrive de faire appel au sapiteur financier mais nous sommes aussi appelés par des experts financiers comme sapiteurs.

Jacques POIRIER

Une des particularités des experts qui sont des ingénieurs est qu'ils ont la plupart du temps exercé des responsabilités de direction : ils ont une compétence pour diriger et prennent la responsabilité de signer les documents comptables qui engagent. Ils sont donc formés pour savoir à quel moment ils doivent faire appel à d'autres compétences.

Michel ENTAT, Expert

Je rebondis sur les propos de maître Glaser à propos des médiations qui arrivent rarement à temps. Mon expérience de directeur informatique puis d'expert me montre que, dans les entreprises, pour le client comme pour le fournisseur, alors qu'un tiers verrait, de toute évidence, que les indicateurs deviennent rouges, chaque partie espère toujours que la situation s'arrangera et personne n'arrête le mode de fonctionnement pour prendre du recul et faire appel à un tiers. L'entreprise ne veut pas croire à la catastrophe et croit que la situation pourra s'arranger. Pour sortir de ce mode de fonctionnement qui conduit à des réactions tardives, il convient d'imposer un suivi externe dès le départ : seul un expert indépendant peut alors avoir la force de tirer la sonnette d'alarme.

Les avocats présents nous ont bien expliqué leur perception de la valeur ajoutée de l'expertise et leurs attentes vis-à-vis de l'expertise amiable : que pourrions-nous faire avec vous pour préparer cette situation d'une expertise amiable qui interviendrait suffisamment tôt pour être aussi positive que possible ?

Stéphane LEMARCHAND

Nous pouvons imaginer deux scénarii : dans le premier, on gère la crise pour poursuivre une relation, car les relations entre client et fournisseur ne peuvent pas être rompues et le scénario du

contentieux est alors inimaginable pour tout le monde. Dans ce cadre, le contrat renvoyant au recours au tiers, et notamment à l'expert, pour gérer une situation permettant de maintenir le lien contractuel est alors extrêmement utile. Le scénario de transfert de la responsabilité de la gestion d'un projet vers un tiers expert pour sauver un projet ou une relation contractuelle sont parfaitement imaginables et nous pourrions effectivement mener cette réflexion ensemble puisque si cette relation n'est pas mise sous tutelle, il ne sera pas possible de faire descendre la température. Les experts se voient confier une partie de la responsabilité du décisionnel et de l'arbitrage entre les parties.

Le second scénario consiste à gérer la crise pour transiger. Les clauses habituelles de recherche de conciliation préalable sont nombreuses mais je pense que cette conciliation, prévue, est vouée à l'échec quand les parties sont en train de se quitter. Les contrats prévoient une conciliation alors que c'est le pire moment pour concilier. Pour concilier, il faut être deux et que ce processus intervienne au bon moment, en faisant appel à un tiers. Dans ce cadre là, la conciliation préalable, en cas gestion de crise pour sortie, semble alors utopiste.

Christiane FERA-SCHUHL

Je souscris à ce qui vient d'être indiqué. J'ajouterai simplement que la médiation suppose un état d'esprit collectif : sur ce terrain là, les experts doivent apprendre à rechercher les différentes solutions possibles. Une médiation réussie est celle qui trouve la troisième voie, celle qui ne met aucune partie en situation d'échec. Une formation devrait être dispensée pour comprendre cette nouveauté. Il me semble que la formule de tiers-aviseur, développée au CMAP, n'est pas souvent mise en œuvre : le tiers-aviseur est l'expert qui a vocation à intervenir ponctuellement pour apporter une solution.

Jean-Louis FLEISCH, Expert

Je travaille actuellement à un gros projet où, dès les énoncés de la gouvernance du projet, en particulier en qualité, il est prévu des points d'étape où je suis invité à intervenir et à donner mon ressenti. Le client final estime effectivement que commencer une conciliation est un début d'échec.

Michel ENTAT, Expert

Je faisais référence, dans ma question, à un travail en amont de la situation de crise. Un travail conjoint des avocats et des experts devrait permettre, au cours d'un projet, de déceler les alertes suffisamment tôt pour que les problèmes trouvent des solutions immédiates, sans arriver à la situation de crise. J'ai toujours été étonné, dans mes expertises mais aussi en tant que directeur informatique, de voir qu'on aurait dû réagir un an ou deux avant que la situation ne devienne irréversiblement préjudiciable. Les directions de deux parties s'aveuglent : il faut sortir de cet aveuglement en prévoyant cette intervention en amont. Nous pouvons collaborer sur ce point puisque vous rédigez les contrats et accompagnez vos clients et pouvez améliorer la situation.

Christiane FERA-SCHUHL

Le contrat ne peut réussir que si toutes les précautions sont prises et que les rédacteurs ont conscience de la complémentarité de la dimension juridique et de la dimension technique. Si les techniciens rédigent seuls un appel d'offres, il manque une dimension juridique et inversement. Ce rapprochement est donc tout à fait précieux. Si l'expert intervient comme conseiller, en acceptant la

mission de régler les points de litige en cours de route, cet expert qui accompagne le projet a, il me semble, toute sa place, en amont et avant même la rédaction du contrat, pour aider à la bonne définition des conditions. Ces contrats doivent anticiper les différents scénarii de se produire et anticiper les solutions à mettre en œuvre. Vous auriez donc votre rôle à jouer de ce point de vue.

Jacques-François BORREL, Magistrat au Tribunal de Commerce de Paris

Je suis magistrat à la chambre multimédia depuis deux ans et je me rends compte que les technologies avancent très vite alors que les contrats ont une certaine durée. Les contrats sont parfois dépassés par les technologies : nous avons des problèmes de contenus et des problèmes de réseaux qui supportent ces contenus. Les acteurs sont peu nombreux et les enjeux colossaux, notamment en termes financiers, mais il est excessivement compliqué de trouver un expert indépendant, compte tenu de la haute technicité et du petit nombre d'acteurs.

V. Synthèse et clôture du Colloque

V.1 Synthèse des travaux et perspectives

Monsieur Christian de BAECQUE
Président du Tribunal de Commerce de Paris

Il est facile de faire la synthèse de ces travaux, puisque je n'ai pas noté d'oppositions farouches, mais une remarquable unanimité.

Les experts sont des gens formidables grâce à qui tout se passe bien.

Les entreprises, les avocats et les juges sont tous ravis de faire appel à vous. Les experts sont compétents mais doivent être à la fois modestes et diplomates car ils sont l'élément essentiel facilitateur pour arriver à un accord amiable.

L'expertise amiable constitue un objectif idéal, nous en sommes tous absolument convaincus.

A propos de l'expertise judiciaire amiable, l'expérience nous montre que l'essentiel des litiges provient d'expertises demandées en référé. Dans de très nombreux cas, une partie explique, sur le fondement de l'article 145, qu'il va y avoir un litige et l'autre partie fait « protestations et réserves ».

Dans une culture d'apaisement des relations commerciales, il serait souhaitable, à défaut de modifier les textes, que les avocats fassent une requête commune et demandent au juge, avant le litige, une expertise technique pour être éclairés, en étant d'accord sur le nom de l'expert, tout en demandant que l'expertise se déroule dans le cadre d'une expertise judiciaire du tribunal. Le juge joue tout d'abord un rôle d'appui puis évolue, selon le déroulement de l'expertise. Le développement des requêtes conjointes des avocats contribuerait à cette culture d'apaisement et permettrait d'arriver plus facilement à un accord amiable.

Je rappellerai aux directions juridiques et aux avocats qu'il existe, outre l'expertise, le constat et la consultation. Avant d'initier une expertise compliquée, il est possible de demander un constat qui permettra parfois aux parties d'aboutir à un accord.

J'ai retenu les messages suivants :

1°) Si les « opérationnels » reconnaissent davantage leurs erreurs et acceptaient de voir les avocats pour rédiger les contrats, la situation serait meilleure, et s'ils signalaient immédiatement les problèmes qui surviennent, cela permettrait de traiter les problèmes en amont. Toutefois, les opérationnels ne sont pas présents pour écouter ce message.

2°) Les directions juridiques et les avocats sont incités à prévoir dans les contrats, des clauses de conciliation.

3°) Les avocats vont travailler main dans la main avec les experts pour se pencher sur la question de l'évaluation des préjudices qui constitue un vrai problème. Les experts financiers peuvent apporter des éléments de réponse et contribuer à la formation des avocats.

4 °) J'ai bien perçu le message visant à dire que le juge doit se pencher davantage sur la mission, sans se contenter d'une mission générale, tant en référé qu'au fond.

J'étais heureux de vous accueillir tous, en ces lieux.

Je suis encore plus heureux après ce colloque.

Le tribunal est souvent un lieu de conflits entre les parties et je suis ravi de constater cette unanimité sur notre volonté commune de développer des expertises apaisées.

V.2 Clôture des travaux

Monsieur Nathan HATTAB
Président de la CNEJITA

Nous connaissons tous l'expert judiciaire. Nous avons fait davantage connaissance avec l'expert de partie ou des parties.

Cet expert aide son client à collecter et à conserver les éléments de preuves dans les meilleures conditions possibles de traçabilité et de reproductivité, ce qui est essentiel dans l'expertise judiciaire. Il lui permet également d'apprécier véritablement les risques du dossier.

L'expert de justice, qu'il soit expert judiciaire ou des parties, ne peut contribuer à la résolution du litige qu'en se conformant à certaines exigences, à commencer par les règles de déontologie du CNCEJ, Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice. Il doit aussi se former puisque le domaine informatique évolue constamment. Il doit mener ses opérations de manière complètement indépendante : même lorsqu'il est expert de partie, il doit effectivement dire à son client ce qu'il pense du dossier.

Enfin, l'expert de justice doit développer une analyse critique, qui ne soit ni à charge ni à décharge, parce que les tensions sont suffisamment présentes. Même lorsque les parties sont irritées, il doit faire preuve de diplomatie et de modestie, en donnant confiance aux parties sur son caractère équitable et le fait qu'il mène ses observations sans concession.

Je voudrais attirer votre attention sur le site de la CNEJITA où vous trouverez les actes de ce colloque et de nombreuses informations. www.cnejita.org. Je réitère mes remerciements à tous les

participants de ce colloque et je vous présente mon successeur élu ce jour, Serge MIGAYRON qui était auparavant vice-président et qui m'a beaucoup aidé.