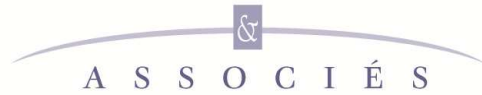


AYACHE, SALAMA
&
ASSOCIÉS

***Le précontentieux
Le chemin vers l'expertise judiciaire
Les attentes de l'avocat***

AYACHE, SALAMA



Sommaire

Notre pratique

- Une demande initiale centrée sur le contentieux: la recherche et la présentation des manquements de l'autre partie
- Une demande secondaire : le glissement vers un rôle amiable face aux risques du procès

Les attentes

- Le bon expert pour le bon dossier
- Rigueur et pédagogie
- Réalisme

AYACHE, SALAMA



Notre Pratique

- Une demande initiale centrée sur le contentieux : la recherche et la présentation des manquements de l'autre partie
- Une demande secondaire : le glissement vers un rôle amiable face aux risques du procès

Une demande initiale centrée sur le contentieux

- Pour l'avocat le rôle « historique » de l'expert est l'assistance à la préparation du contentieux à savoir :
 - sur le plan matériel la rédaction d'un rapport ou d'une note technique;
 - sur le plan du conseil, la participation à l'élaboration d'une stratégie.
- Le rôle de l'expert intervient souvent dans un contexte dans lequel le mandant de l'avocat et l'avocat lui-même souhaitent un rapport accablant pour la partie adverse et ce même s'il s'agit d'entrer en négociation.
- Il s'agit d'affaiblir au maximum les possibilités du contradicteur de répondre aux demandes de notre mandant en renvoyant à des aspects techniques.
- L'expérience prouve, en effet, que, dans les dossiers les plus techniques, les parties refusent le plus souvent de remettre en question leurs positions techniques avec deux conséquences :
 - un glissement du débat vers les seuls points juridiques ou financier;
 - un risque fort d'expertise technique judiciaire si le litige venait devant un tribunal.

Une demande initiale centrée sur le contentieux

- Lorsque le mandant est client d'un prestataire, la mission est, en général concentrée sur la recherche des manquements à l'obligation de délivrance et, notamment sur les points suivants :
 - absence de délivrance;
 - non complétude de la délivrance;
 - non-conformité de la délivrance.

- Lorsque le mandant est un prestataire, la mission consiste, en général, en la recherche d'un manquement à l'obligation d'information et de collaboration du client et notamment :
 - défaillance dans l'expression des besoins : pas d'expression des besoins, expression incomplète, imprécise ou fausse;
 - défaillance dans les obligations de collaboration du client en cours de projet : mise à disposition de moyens humains insuffisants ou inadaptés, implication insuffisante, absence de réunion des instances de gouvernance, ...

Une demande initiale centrée sur le contentieux

- Quel que soit le mandant, la mission recouvre, explicitement ou implicitement, une recherche des fautes de notre « adversaire » par référence au référentiel de conformité (cahier des charges, spécifications générales ou détaillées, proposition commerciale, contrat, ...).

Il est relativement rare que la mission de l'expert, lors du précontentieux, aille au-delà de la recherche des fautes de la contre partie, pour s'inscrire dans une démarche objective, visant demander à l'expert d'analyser le respect, par son mandant de ses propres obligations.

Une bonne pratique consisterait à élargir le périmètre de la mission de l'expert afin de solliciter en plus de l'analyse des fautes du partenaire, une analyse du respect de ses propres obligations par son mandant. Ceci aurait, par ailleurs, pour mérite d'anticiper les critiques de l'adversaire si le contentieux venait à être déclenché.

Ceci permet d'éviter les « mauvaises surprises »

Notre pratique

Une demande secondaire : le glissement vers un rôle amiable

- Au cours de l'expertise, la réalité des faits peut rattraper les parties et souvent, un partage des torts apparaît.
- Plus que par le passé, la tendance est la mise en avant de ce partage des torts dans les rapports d'expertise.
- Il en résulte un glissement de la mission de l'expert d'un point de vue « accusatoire » vers :
 - une clarification du partage des responsabilités;
 - un glissement de la mission vers un objectif de « retournement.
- Ceci permet alors, si une collaboration entre les parties est possible, d'envisager une solution alternative.
- Notre expérience récente nous a permis de voir comment la présence d'un expert pendant la phase précontentieuse a pu permettre d'éviter nombre de situations de blocage en :
 - permettant à notre mandant, client, d'avoir un conseil technique lors des discussions avec le prestataire afin d'être pleinement informé et de faire des choix techniques judicieux;
 - permettant au prestataire d'avoir un interlocuteur technique à qui présenter des solutions techniques.

Le retour concernant cette expérience est extrêmement positif et confirme qu'il est indispensable que l'avocat n'utilise pas seulement l'expert pour préparer le contentieux, mais que celui-ci puisse jouer pleinement un rôle de conseil du mandant dans les discussions techniques entre les parties.

- Ce premier exemple traduit le glissement du rôle de l'expert vers un rôle amiable : dans l'un de nos dossiers, notre client utilisait un logiciel qui, initialement avait été développé pour lui. Le développeur avait ensuite professionnalisé son ERP pour le commercialiser auprès d'autres clients comme ERP en mode SaaS.
- Lors du passage à la version 2 de l'ERP, notre client a souhaité procéder à une recette préalable à l'utilisation de ladite version. Cette recette s'est avérée impossible, la base de recette étant mutualisée et donc en perpétuelle évolution. Une situation de blocage s'est donc présentée et a fait l'objet d'un échange de recommandés.
- Nous avons, dans cette hypothèse, privilégié la présence d'un expert, en lieu et place d'un avocat, pendant les réunions de négociation. Ceci a permis de placer les discussions sur le terrain d'une recherche d'une solution technique plutôt que de figer le dossier sur des aspects de responsabilité juridique. Nous avons pu constater trois avantages à cette solution:
 - la possibilité pour notre client, non technicien, d'être parfaitement conseillé pendant les réunions, sur les aspects techniques. Ceci a notamment permis de réduire une liste de 500 anomalies, dont la majorité était considérée comme bloquantes par notre client, à une liste de 3 anomalies bloquantes et de rechercher une solution prioritaire à ces 3 anomalies;
 - de permettre à notre fournisseur d'avoir un interlocuteur technique qui permet (i) de favoriser un dialogue technique et (ii) d'éviter que le fournisseur tire parti des limites techniques de notre client;
 - D'avoir une personne qui n'est ni le client, ni le fournisseur qui bénéficie d'un recul et d'une légitimité permettant de proposer des solutions techniques dans l'intérêt de toutes les parties.

- En revanche, la volonté du recours à l'expert dans un esprit de solution amiable a parfois des aspects inattendus.
- Pour exemple, dans un autre dossier, notre client était une société fournissant un service de télépéage autoroutier pour les poids lourds.
- Les badges fournis par un des fournisseurs avaient un taux de panne extrêmement élevé. Compte tenu de l'impossibilité de trouver une solution, une médiation a été initiée par les parties sous l'égide du CMAP.
- Notre cliente était particulièrement hostile à cette médiation, s'estimant pleinement dans son droit.
- Toutefois, nous avons réussi à convaincre notre client, afin d'aborder la médiation de manière parfaitement éclairée, de procéder à deux expertises amiables :
 - une pour vérifier si la cause des dysfonctionnements pouvait résulter de nos process ;
 - une pour évaluer notre préjudice de manière documentée et rigoureuse.
- Loin de constater un partage de responsabilité, ces expertises ont conforté la position de notre client tant sur la responsabilité totale de son fournisseur que sur le montant très élevé du préjudice subi.
- Ces expertises n'ont donc pas permis d'avancer vers une recherche de solution amiable.
- En revanche elles ont permis à notre cliente d'aborder la médiation avec une idée claire du dossier et l'ensemble des éléments techniques et financiers. Notre cliente a donc pu entamer la discussion avec plus de sérénité. En effet, la fermeté de sa position n'étant plus seulement le résultat d'une hostilité de principe, mais la traduction de la réalité technique et financière, confirmée par des experts.
- Ces expertises ont ainsi permis de savoir mettre fin à la médiation lorsqu'il a été constaté que les propositions de notre interlocuteur étaient en total décalage avec l'éclairage des experts.



AYACHE, SALAMA

&
A S S O C I É S

Les attentes

- Le bon expert pour le bon dossier
- Rigueur et pédagogie
- Réalisme

Les attentes

Le bon expert pour le bon dossier

- La principale problématique est de trouver le bon expert pour chaque dossier. En effet, chaque dossier est différent et nécessite une vision experte et technique différente :
 - concernant le sujet abordé : il peut s'agir d'une problématique de technique voire de technologie pure (un dysfonctionnement d'un matériel), d'une problématique de mauvaise intervention humaine (une mauvaise programmation), d'une problématique de management de projet, ...
 - concernant les attentes des clients : souhaite-t-il l'opinion de l'expert sur les fautes de son cocontractant, sur son propre rôle, sur une solution à apporter à un litige, ...
- Le choix de l'expert dépend donc directement de la connaissance du dossier . Ce qui implique :
 - que le choix est plus « facile », lorsque l'expertise est demandée par le client ou l'avocat, qui a préalablement pris connaissance du dossier;
 - qu'il existe un aléa fort dans le choix d'un expert par le juge, celui-ci maîtrisant forcément moins bien le dossier, ses tenants et ses aboutissants , d'autant plus qu'il est guidé dans son choix par des parties qui bien souvent abordent le dossier selon deux biais différents.
 - **Exemple** : Dans un dossier relatif à un ERP notre adversaire avait sollicité un rapport d'expertise amiable, par un expert maîtrisant le sujet. Ce rapport s'était avéré à notre défaveur mais pas accablant. En revanche l'expert judiciaire désigné par le tribunal dans la catégorie télécommunications, n'a pas semblé maîtriser les spécificités techniques du dossier et a rendu un rapport accablant mais très contestable. Il résulte de ce dossier une situation inconfortable pour les deux parties qui se retrouvent avec un rapport de l'expert conseil plus mesuré que celui de l'expert judiciaire et surtout un rapport de l'expert judiciaire sujet à controverse ce qui ne peut satisfaire ni les parties, ni le juge.
- Enfin, dans une optique de discussion et de négociation, le choix de l'expert passe aussi par sa légitimité. Celui-ci peut, si chacune des parties lui reconnaît sa compétence technique, y voir un tiers sans parti pris qui sera nécessairement un interlocuteur de choix et dont les solutions seront, à tout le moins, étudiées attentivement.

Les attentes

Rigueur et pédagogie

- L'objectif tant de l'avocat que du client est d'avoir une conclusion claire, si possible percutante, le moins contestable possible, qui peut être selon les cas :
 - une suggestion de solution technique; ou
 - des arguments qui peuvent être repris dans un contentieux ou dans une tentative de règlement amiable du litige.
- La rigueur du rapport passe :
 - par une exhaustivité du travail documentaire;
 - le respect des délais;
 - des conclusions claires et concises ;
- Par ailleurs, l'aspect pédagogique du travail de l'expert est indispensable. En effet, celui-ci s'adresse à des interlocuteurs disposant d'une maîtrise très différente du sujet technique :
 - Les opérationnels du client qui maîtrisent, à un niveau proche de celui de l'expert, les aspects techniques;
 - les dirigeants du client qui maîtrisent moins les détails techniques mais sont les interlocuteurs principaux de l'avocat et de l'« adversaire », voire du juge;
 - l'avocat qui a une bonne connaissance du dossier et de l'ensemble des pièces mais qui peut être, en fonction des sujets, en demande d'explication techniques;
 - le cas échéant, le juge, qui aura besoin d'une synthèse tant des éléments documentaires que des aspects techniques et d'une explication de l'état de l'art en la matière afin d'avoir un référentiel.
- L'expert doit donc soulever précisément les points techniques, afin de satisfaire le client, tout en jouant un rôle de clarificateur pour le juge, l'avocat et les parties.

- Il s'agit là d'une attente qui n'est pas nécessairement exprimée par l'avocat et qui, pourtant, est indispensable à la phase précontentieuse.
- Dans la majorité des cas, l'avocat, suivant là la position de son mandant, saisit l'expert dans une période dans laquelle les positions des parties sont figées et difficilement conciliables. Il en résulte que les parties ne sont dans une démarche propice ni à la discussion ni à une analyse objective des manquements de chacune des parties.
- La valeur ajoutée de l'expert, dans cette phase, est une analyse extérieure, par un tiers objectif, avec une légitimité aux yeux du mandant afin de permettre au mandant et à son conseil de connaître la solidité du dossier et, surtout, si tel est le cas, de faire prendre conscience au client des faiblesses techniques du dossier, afin de permettre :
 - des discussions facilitées avec les autres parties; ou
 - des attentes « réalistes » quant au contentieux.



AYACHE, SALAMA



Ayache, Salama & Associés

47, avenue Hoche – 75008 Paris

France

+33 1 58 05 38 05

www.ayache-salama.com