

L'avocat face à l'expertise judiciaire dans le domaine de l'informatique

Par Arnaud Hamon

Membre du Comité éditorial de *Juriscom.net*

e-mail : arnaud.hamon@libertysurf.fr

Introduction	2
I. Les spécificités de l'expertise judiciaire en matière informatique	3
A. Caractères communs à l'ensemble des expertises judiciaires	3
B. Spécificités de l'expertise en matière informatique	3
1. Un domaine très évolutif	3
2. Le recours à une méthodologie	3
3. "Un petit monde"	4
4. Typologie des différentes expertises informatiques	4
II. Le rôle de l'avocat dans l'expertise judiciaire informatique	5
A. Faire conserver les preuves	6
B. Identifier les zones de risques	6
C. Elaborer et appliquer une stratégie	6
D. Orienter le choix de l'expert	7
III. Les moyens à la disposition de l'avocat pour contester la régularité d'une mission d'expertise	8
A. Les limites infranchissables	8
1. Le respect de la mission	8
2. Le respect du contradictoire	8
3. "Pas de nullité sans grief"	9
B. L'indépendance et l'impartialité de l'expert	9
Conclusion	10

L'auteur tient à remercier tout spécialement pour sa disponibilité et son concours Me Jean-Noël Deriennic du Cabinet *Deriennic & Associés* sans qui cet article n'aurait jamais vu le jour.

Introduction

L'expert judiciaire, l'informaticien et l'avocat. Ces trois personnages ont pris l'habitude de se rencontrer depuis déjà fort longtemps. Toutefois, avec le développement de l'informatique et des nouvelles technologies, ce qui était autrefois du domaine d'une poignée d'initiés, touche aujourd'hui un nombre toujours plus grand de professionnels, de plus en plus de cabinets d'avocats disposant d'un département ou d'un pôle "droit de l'informatique" lorsqu'ils ne sont pas entièrement dédiés à ce contentieux.

Or, face à la complexité croissante du secteur, aux enjeux financiers et techniques parfois très importants, l'expertise judiciaire constitue bien souvent l'étape obligée par laquelle souhaite passer le magistrat avant de rendre une décision, encouragé dans cette démarche généralement par l'une des parties au litige sinon les deux. L'expert apparaît alors comme une figure incontournable de l'instance judiciaire avec laquelle les parties et surtout leurs avocats doivent composer.

Mais quelle place occupe réellement l'expertise judiciaire dans la pratique professionnelle de l'avocat dit "*spécialiste de l'informatique*" ? C'est à cette question que nous allons tenter de répondre. En discutant avec des experts, en échangeant avec des avocats dont la réputation n'est plus à faire dans le domaine, on découvre que l'expertise judiciaire, dans ce secteur particulier de l'informatique et des nouvelles technologies, occupe une place fondamentale, et sa maîtrise constitue une dimension essentielle du métier de l'avocat spécialiste en contentieux informatique.

En effet, c'est précisément dans la gestion des opérations d'expertise mais surtout dans leur phase de préparation que siège la véritable compétence de l'avocat spécialisé en informatique, tout son savoir-faire, toute son expérience.

Ainsi, avant de nous intéresser au rôle proprement dit de l'avocat dans une expertise (II), nous rappellerons tout d'abord en quoi l'expertise judiciaire revêt un caractère spécifique en matière informatique (I), pour nous attacher, enfin, aux moyens juridiques à la disposition de l'avocat pour contester la régularité d'une expertise (III).

I. Les spécificités de l'expertise judiciaire en matière informatique

A. Caractères communs à l'ensemble des expertises judiciaires

Aux termes de l'article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), "*le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien*".

L'expertise informatique, comme toute expertise judiciaire, est une mesure d'instruction régie par les articles 143 à 284 du NCPC s'inscrivant, en principe, dans une perspective contentieuse pour apporter au juge un éclairage technique. En d'autres termes, une expertise sert avant tout à déterminer la nature des difficultés qui sont nées au cours par exemple d'un chantier technologique et les causes de ces difficultés ainsi qu'à recueillir les éléments historiques, techniques et factuels permettant au tribunal de trancher. Il peut s'agir aussi d'obtenir un avis sur la viabilité ou la *CNEJITA* non-viabilité du projet tel qu'il était conçu à l'origine au moment de l'engagement contractuel.

Dans certaines circonstances, le recours à une expertise peut également servir à identifier des remèdes. En tout état de cause, l'expert se prononce sur les conséquences financières qui découlent de ces difficultés.

Une expertise ne peut pas être ordonnée dans n'importe quelle condition. En réalité, elle n'a lieu de l'être que dans les cas où les simples constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge (art. 263 du NCPC) ; ce qui suppose donc des *investigations complexes*.

Si le caractère subsidiaire de cette mesure d'instruction est affirmé par les textes, l'article 146 alinéa 2 du NCPC disposant à cet égard qu' "*en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ", en matière informatique, comme dans d'autres domaines tels que ceux de la médecine ou de la construction par exemple, le

recours à un homme de l'art est extrêmement fréquent. La nature éminemment technique du problème décide souvent le magistrat à désigner un expert.

De même, si une mesure d'instruction a vocation à intervenir au cours d'une instance, la plupart des contentieux informatiques commence par une expertise. L'article 145 du NCPC admet en effet que *"s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé"*. Ainsi, l'acte introductif d'instance contient quelque fois un rapport établi par un expert ayant agi en tant que conseil privé. L'absence de caractère contradictoire du rapport fait que le juge ne le retient pourtant que rarement.

B. Spécificité de l'expertise en matière informatique

3 grandes spécificités :

- ✓ L'informatique est un domaine très évolutif (1)
- ✓ L'existence d'une méthodologie (2)
- ✓ Un très petit nombre de professionnels (3)

1. Un domaine très évolutif

Chacun le sait, l'informatique est un secteur d'activités en constante et rapide évolution dans lequel émergent sans cesse des techniques et des applications nouvelles. Son utilisation au fil des ans devient de plus en plus large dans toutes les branches d'activités et son interpénétration croissante avec d'autres techniques de pointe fait s'estomper les frontières entre les disciplines.

En évoluant, la technologie rend obsolètes certaines applications ou solutions informatiques, en des temps très courts. Les besoins aussi des clients évoluent généralement avec le temps. Aujourd'hui, il n'est pas rare de voir s'écouler deux années voire davantage dans certains cas entre le moment où le client a pu exprimer ses besoins définitifs et l'installation de la solution informatique par le prestataire.

D'ailleurs, la pratique révèle une évolution importante quant à la physionomie de la relation entre le prestataire informatique et son client. Me Derriennic qualifie ainsi le rapport entre le client et le prestataire informatique non plus de relation commerciale mais plutôt de dialectique permanente, expliquant que l'un (le client) agit à la satisfaction la plus optimale de ses besoins, au moyen de réévaluations systématiques de ses seuils d'exigence et de la nature de ses spécificités techniques, alors que l'autre (le prestataire) essaie de facturer tout ce qui finalement lui apparaît comme en dehors de son périmètre contractuel. En conséquence, la durée moyenne d'un projet informatique ne cesse de s'allonger et les coûts financiers peuvent s'envoler.

2. Le recours à une méthodologie

L'informatique est un domaine extrêmement complexe. Déterminer l'origine de dysfonctionnements ou trouver la cause de l'échec d'un projet relève d'une connaissance technique, mathématique et scientifique poussée.

En l'absence de référentiels incontestables, il y a quelques fois autant d'avis que d'experts ! Dans ces conditions, le recours à une méthodologie spécifique dont l'existence est capitale pour le déroulement des opérations et que la plupart des experts acceptent d'imposer aux parties permet de retrouver une certaine unité dans la manière de mener une mission d'expertise.

Cette méthodologie est composée d'un ensemble de règles relevant de l'usage et de la pratique professionnelle des experts. Dans le domaine de l'informatique, ces règles sont édictées par la Compagnie Nationale des experts Judiciaires en Informatique et Techniques Associées (CNEJITA).

3. "Un petit monde"

Le monde des experts judiciaires en matière informatique ne regroupe pas plus d'une centaine de professionnels. La plupart d'entre eux sont membres de la *CNEJITA*, qui elle-même est un adhérent de la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts près les Cours d'Appel.

Créée en 1992, la *CNEJITA* regroupe en 2003, 73 experts dont 31 exercent dans les ressorts des deux Cours d'Appel de Paris et de Versailles ! Ajoutez à cela un petit nombre d'opérateurs économiques majeurs dans le secteur et une mutualisation des assurances des sociétés informatiques, et vous retrouvez bien souvent autour de la table les mêmes acteurs.

Cette situation a inévitablement des répercussions sur les relations expert-avocats. Aujourd'hui, dans les expertises, l'intervention d'un "conseil technique" s'est largement généralisée. Le rôle de ce conseil est d'assurer un support, un appui dans la discussion. Or, la plupart des conseils techniques agissant aux côtés de l'une des parties sont des experts judiciaires inscrits sur les listes établies par les cours d'appel ou la Cour de cassation.

Dans ces conditions, il n'est pas toujours évident de vivre une expertise lorsque l'expert désigné n'est autre que son ancien partenaire technique lors d'un contentieux précédent. Ainsi, les avocats ménagent l'indépendance de l'expert qu'ils auront forcément l'occasion de rencontrer dans d'autres affaires.

De surcroît, l'avocat peut agir comme un véritable prescripteur de consultations techniques pour ses clients et contribuer dans une mesure qui est loin d'être négligeable à l'équilibre économique du cabinet de l'expert. Bien qu'aucune disposition du NCPC ne vise le fait que l'avocat puisse s'ériger en "*apporteur d'affaire indirect*", on est en droit de s'interroger sur la nature des liens pouvant unir certains avocats à certains experts et les conséquences quant aux thèmes de l'indépendance et de l'impartialité.

4. Typologie des différentes expertises informatiques

En matière informatique, les expertises peuvent se regrouper en deux grandes catégories :

✓ Les litiges relatifs à la propriété intellectuelle

Ce sont des expertises généralement très tendues. Des litiges en contrefaçon en sont l'objet. Derrière ces expertises, se cachent bien souvent une stratégie commerciale et une volonté de paralyser la concurrence ou le concurrent. La situation classique est celle qui voit de jeunes ingénieurs quitter leur entreprise et se lancer dans le développement de nouvelles technologies ou de produits équivalents en utilisant ce qu'ils ont appris chez leur ancien employeur. Dans ces cas de figure, l'administration de la preuve est très complexe, les rapports entre les acteurs au procès très compliqués et agressifs.

✓ Les projets informatiques "qui tournent mal"

La majorité des contentieux concerne des projets informatiques qui n'aboutissent pas. Deux cas de figure peuvent se poser :

- Le projet rencontre des difficultés temporaires mais continue à vivre. L'expertise cherche alors à déterminer ce qui fonctionne, ce qui est viable et finalement ce sur quoi les parties peuvent transiger.
- Le projet est abandonné. Rien n'est utilisable. Un constat d'échec s'impose : le projet est mort ! Ici, on assiste à un véritable divorce entre les parties. L'expertise va servir à recueillir l'ensemble des éléments techniques permettant au juge de statuer sur les responsabilités de chacun. Ce cas de figure se présente dans plus de 50 % des litiges.

En moyenne, une expertise judiciaire en matière informatique coûte entre 23.000 euros et 45.000 euros (soit entre 150.000 francs et 300.000 francs). Il n'est pas rare de voir le coût de l'expertise dépasser le montant du litige. Dans de très lourds contentieux, la somme que doit acquitter le demandeur à la mesure d'instruction peut dépasser les 300.000 euros (2 millions de francs). Les frais d'avocat sont alors en rapport. L'engagement de sommes pareilles réduit souvent à néant les possibilités de sortie par une transaction ou une conciliation, les parties s'enfermant progressivement dans le conflit et durcissant leurs échanges. Ce dernier cas de figure ne constitue toutefois que l'exception. La règle voit plutôt le recours à la transaction comme l'issue naturelle du litige, preuve que le rôle de l'avocat est absolument essentiel.

Quant à la durée d'une expertise judiciaire en matière informatique, elle se situe dans une fourchette allant de 6 mois pour les affaires les plus simples à plus de 2 ans pour les procès dans lesquels les enjeux financiers atteignent des sommets. En moyenne, dans une affaire classique d'échec de projet informatique, dix-huit mois sont nécessaires à l'expert pour rendre son rapport définitif.

II. Le rôle de l'avocat dans l'expertise judiciaire informatique

Traditionnellement, un contentieux informatique se présente sous la forme d'un projet ou d'un chantier dont l'exécution devient difficile. Des dysfonctionnements apparaissent, des erreurs ou des anomalies dans les versions de test se font jour, les premières applications fonctionnent mal, bref, l'un des contractants - généralement le client - se rend compte que les promesses de son prestataire ne sont plus tenues. Les relations se tendent. Un risque d'abandon pur et simple est imminent.

Lorsque la rupture n'est pas encore consommée, le premier réflexe de l'avocat est de programmer, en accord avec son client, l'arrêt du chantier, la fin des travaux. Il s'agit de ne pas résilier le contrat n'importe quand ni n'importe comment. Trop souvent, les avocats ont à déplorer la brutalité des ruptures. Le second réflexe est d'imaginer ce qui peut se passer une fois cette rupture consommée.

C'est à ce moment qu'il convient de s'interroger sur l'opportunité d'une expertise. Or, il est nécessaire d'anticiper la tenue d'une telle expertise. C'est dans ce travail de préparation que le rôle de l'avocat prend tout son sens. Le caractère capital de son intervention commence donc dès la phase de préparation à l'expertise, c'est-à-dire en amont du déroulement des opérations elles-mêmes. Cette intervention est tellement importante qu'en pratique elle conditionne tout simplement l'issue de très nombreux litiges.

L'informatique fait, par conséquent, la part belle à l'avocat. Entre la sphère technique dans laquelle évolue l'expert, et la sphère juridique dans laquelle le juge statue, l'avocat occupe une position d'interlocuteur, voire de pédagogue indispensable, un intermédiaire au service bien évidemment de son client. Autrement dit, il constitue un "*vulgarisateur*" ou plutôt pour reprendre une qualification technique, une "*interface*" entre le monde technique et le monde juridique, transformant dans un langage de droits et d'obligations des anomalies et des dysfonctionnements technologiques. Pour faire une analogie, on peut dire que l'avocat serait comme le filtre d'une machine à café au travers duquel passeraient les éléments techniques bruts, plutôt "*indigestes*", ceux-ci, une fois filtrés, devenant un "*breuvage*" de droits et d'obligations tout à fait exploitable pour quelqu'un de profane en informatique.

Car en effet, du côté des magistrats tant consulaires que professionnels, l'informatique reste encore un contentieux très spécialisé. Dans ces conditions, l'avocat, en rendant intelligibles des données compréhensibles par une seule poignée d'initiés, apporte donc une réelle valeur ajoutée.

En outre, l'expertise stigmatise une opposition sur le terrain de la preuve. En matière informatique, l'enjeu de l'administration de la preuve est d'autant plus prégnant que la matérialité des causes des dysfonctionnements est compliquée à établir. Et pourtant, tout ce qui sera avancé par une partie devra être prouvé à l'expert. C'est sur le demandeur à la mesure d'instruction que pèse la charge de la preuve. C'est à son avocat que revient la mission de faire assurer la conservation des preuves (A), d'identifier les zones de risques (B), d'élaborer et d'appliquer une stratégie (C) et même d'essayer d'orienter le choix de l'expert (D).

A. Conserver les preuves

La conservation de la preuve. Tel doit être le premier souci de l'avocat. Etape fondamentale pour la suite des opérations et souvent même pour l'issue du litige, la conservation donne lieu à la conduite d'opérations parfois très complexes et très difficiles techniquement à réaliser.

Dans certaines hypothèses, il apparaît, en effet, rapidement que le procès sera un échec car l'environnement technique de l'époque n'est plus : le matériel alors en place a été changé ou tout simplement détruit, de nouvelles technologies ont été intégrées à l'ancien système qui a perdu son aspect originel, la masse des données stockées s'est considérablement accrue...

Lorsqu'un client vient voir son avocat, 8 ou 9 mois après la rupture des relations contractuelles, il est parfois impossible de recréer le contexte technique tel qu'il était au moment de cette rupture. Pourtant, ce retour en arrière est essentiel. Car il ne faut pas oublier que tout ce qui est dit doit être prouvé et que tout préjudice dont se prévaut la victime doit être corroboré par des tests. Il est bien évident que le simple fait de réaliser des tests au cours de l'expertise avec un matériel différent par exemple ou en utilisant une base de données deux fois plus importante impacte les résultats et finalement fragilise la demande.

En outre, ce retour dans le passé concerne non seulement l'environnement technique mais aussi l'environnement juridique. Il s'agit ici d'identifier le référentiel contractuel incontestable. Cette opération est également très délicate. D'autant plus que de nombreux documents interviennent : cahiers des charges, propositions commerciales, dossier d'analyse, comptes rendus de comité de pilotage, devis... L'avocat aura donc par exemple à s'interroger sur l'existence ou non d'un cahier des charges ; s'il en existe un, il devra rechercher si un autre document contenant les spécificités techniques du client ne lui pas été substitué...

B. Identifier les zones de risques

Le premier risque prend sa source dans l'étape précédente. Conserver des données, les sauvegarder, les reproduire peut s'avérer dangereux. Parmi toutes ces données, en effet, certaines sont favorables et d'autres, au contraire, jouent clairement en défaveur du client. Une simple mesure de saisie conservatoire peut donc se révéler désastreuse pour la suite du procès. Un second risque existe aussi quant à la masse souvent impressionnante de données que l'avocat doit comprendre, analyser, et traiter. En informatique, il est de plus en plus fréquent de devoir ainsi passer en revue plusieurs centaines d'e-mails, les ingénieurs et les équipes de conception comme les commerciaux ne communiquant quasiment plus que par voie électronique. L'avocat se heurte donc à des problèmes de masse de documentation, qu'il faut pourtant appréhender dans un laps de temps relativement court.

Des rencontres avec les équipes de conception s'imposent généralement. Cependant, l'avocat doit toujours rester très vigilant lors de ces rendez-vous, en particulier sur les éléments que ses interlocuteurs peuvent lui révéler car ceux-ci présentent souvent leur propre vision du projet et ont parfois un intérêt personnel à sauvegarder, ce qui est légitime.

C. Elaborer et appliquer une stratégie

En matière de stratégie, les moyens financiers sont déterminants :

Une expertise coûte cher, et en informatique, les sommes à consigner en début d'expertise sont parfois importantes. Par conséquent l'une des premières batailles qu'il convient de livrer est celle de la détermination de la partie qui se retrouvera demanderesse à la mesure d'instruction car ce sera à elle d'acquitter les frais d'expertise. Ce n'est pas toujours la même que celle qui a pris l'initiative de la procédure. Or, ce statut de demandeur à l'expertise apparaît dans une très large mesure beaucoup moins confortable que celui de défendeur, et pas seulement du fait que c'est à lui d'acquitter les frais d'expertise.

Du côté du demandeur, une stratégie souvent efficace consiste à imposer à son adversaire une provision importante. La provision est une réserve financière, sous la forme d'une ligne comptable, qui

est destinée à couvrir le risque de condamnation potentielle. Tout l'intérêt du demandeur est alors de se lancer dans une sorte de surenchère financière quant au montant du préjudice qu'il invoque et des sommes qu'il réclame à ce titre. L'effet produit alors dans les comptes de son adversaire peut être dévastateur en terme d'image. L'aspect des comptes sociaux devient beaucoup moins flatteur dès lors que dans la colonne "*débit*" doit figurer une provision de 80 millions de francs !

Aux Etats-Unis notamment, la Bourse est très sensible à ce phénomène et les répercussions de la dégradation d'image qui en résultent peuvent être très fortes. A cet égard, l'internet est un moyen de communication qui est dévastateur en matière boursière.

Cette stratégie apparaît d'autant plus efficace qu'une provision de 80 millions de francs dans des lignes de compte remontant à quelques années antérieures peut se transformer en une économie substantielle de 75 millions de francs dès lors qu'une transaction est ultérieurement signée entre les parties pour un montant de 5 millions. L'entreprise aura certainement l'impression d'avoir gagné alors même que les sommes qu'elle a consenties à verser dans le cadre de la transaction peuvent ne pas avoir de réel fondement.

Une autre bataille stratégique se tient sur le terrain de l'administration de la preuve. Du côté du demandeur, l'avocat devra répondre à deux questions pour élaborer sa stratégie :

- a) Que veut-il montrer ?
- b) Comment peut-il le démontrer ?

Si les règles procédurales en matière de preuve imposent à l'avocat du demandeur de construire une véritable stratégie, au moyen d'une méthodologie très rigoureuse, le défendeur, à qui sont opposés des griefs, se retrouve également face à la nécessité de recourir à une stratégie, mais d'une autre nature. Pour ce dernier, en effet, la vraie question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure peut-il contester les points avancés par son adversaire sachant que pour cela, la révélation de certaines informations peut lui être clairement néfaste. Autrement dit, le défendeur est devant un choix : ou bien il est en mesure de réagir voire même de contre-attaquer et de reprendre l'initiative ou bien il en est incapable et alors une solution efficace est celle consistant à réduire le débat et à ne pas l'alimenter pour se concentrer sur l'anéantissement des moyens adverses.

Tout le travail précédent d'identification et d'analyse de l'ensemble des paramètres techniques est primordial pour concevoir une stratégie. Ce n'est qu'une fois que l'on s'est astreint à identifier les configurations, les systèmes d'exploitation, les outils de traçage des données, les occupations de disques durs, les versions des logiciels, éventuellement les codes sources et bien d'autres éléments encore que l'on est en mesure de dégager les lignes de force de la position qui sera défendue devant l'expert.

D. Orienter le choix de l'expert

L'étape du choix de l'expert revêt la même importance que les étapes précédentes. Une expertise n'est pas qu'une procédure écrite. Certes, les avocats échangent avec l'expert par le biais d'écritures appelées "*dire*s". Certes, quelques experts ont l'habitude de travailler sur pièces, dans leur cabinet et ne rencontrent pratiquement jamais les parties au litige.

Dans la majorité des cas cependant, l'expertise place autour d'une table les parties, leurs avocats, éventuellement leurs conseils techniques particuliers, parfois des intervenants extérieurs. L'atmosphère d'une expertise ne ressemble jamais à une autre. En fonction de la personnalité de l'expert, la physionomie des débats sera radicalement différente d'une mission à une autre. Une expertise intègre forcément des éléments psychologiques, émotionnels, et irrationnels tenant au caractère des personnes en présence.

Ainsi dans la famille des experts, il y a ceux qui "*chiffrent*" fort, c'est-à-dire ceux qui n'hésitent pas à estimer les préjudices en dizaines de millions d'euros, il y a ceux qui, tout en chiffrant fort, opèrent d'intéressantes compensations entre les griefs retenus à l'encontre d'une partie et le préjudice subi par son adversaire, il y a les caractériels, ceux avec lesquels de précédentes expertises ont déjà mal tourné, et ceux enfin qui sont devenus presque des "*amis*".

"L'intelligence" de l'avocat est d'essayer non seulement d'orienter le choix d'un expert compatible avec le profil de son affaire, mais aussi les personnes de son propre camp susceptibles de bien s'entendre avec lui, et pour lesquelles il entrevoit que *"la mayonnaise peut prendre"*. Il y a parfois un intérêt certain à voir désigner un expert que l'on sait incompetent ! Tout ceci peut apparaître quelque peu trivial, mais en pratique les conséquences sont décisives pour l'issue du procès.

III. Les moyens à la disposition de l'avocat pour contester la régularité d'une mission d'expertise

Dans le contentieux informatique comme pour d'autres contentieux, le magistrat dispose de la faculté de recourir à trois mesures techniques, d'ampleur et de complexité progressive : les simples constatations (art. 249 du NCPC), les consultations, c'est-à-dire un avis purement technique (art. 256 du NCPC) et enfin l'expertise, dans les hypothèses où il ne pourrait être éclairé suffisamment ni par des constatations techniques ni par une consultation (art. 263 du NCPC).

Le NCPC autorise donc l'expert à procéder à de complexes investigations. Il peut recueillir des informations émanant des parties elles-mêmes. S'il l'estime opportun, il peut faire appel à des tiers, *sachant* ou *sapiteur* dont les observations et les constatations pourront être collectées et utilisées.

Cette liberté d'action dont jouit l'expert ne saurait toutefois contrevenir au principe fondamental selon lequel l'expert ne peut en aucun cas porter assistance à l'une ou l'autre des parties. L'expert doit rester "neutre" dans l'accomplissement de sa mission, attendant que les parties lui communiquent les pièces et moyens qu'elles estiment pertinents. Cependant, la pratique révèle quelques fois des comportements à la limite de la régularité, certains experts tentant de mettre ou de remettre sur la voie une partie au litige, sortant ainsi des limites de son rôle de technicien.

En tout état de cause, si l'expert se retrouve dans l'exercice de sa mission face à des limites infranchissables (A), la mise en cause de son impartialité s'avère néanmoins très rare (B).

A. Les limites infranchissables

1. Le respect de la mission

La plupart du temps, lorsque la voie du référé est choisie, la mission de l'expert contenue dans l'ordonnance du juge est en réalité celle rédigée par le demandeur dans sa requête, au besoin complétée par le défendeur. Une fois cette mission étroitement circonscrite, ni les parties, ni l'expert lui-même n'ont le pouvoir de l'interpréter ou de choisir tel ou tel chef correspondant mieux à l'intérêt supposé du litige. Si une partie souhaite contester la lecture de la mission faite par l'expert, voire la modifier, elle ne peut que saisir le Juge en charge du contrôle des mesures d'instruction à qui l'article 238 alinéa 2 du NCPC attribue compétence exclusive pour apporter une modification de la mission. Un appel peut être interjeté de cette décision du juge chargé du contrôle des mesures d'instruction.

Par ailleurs, une mission ne vaut pas délégation. Ainsi par exemple, *"c'est au juge qu'il appartient, en cas de difficulté, de déterminer les pièces qui doivent être communiquées, sans qu'il puisse se dessaisir de ce pouvoir entre les mains de l'expert"* (Com. 28 janvier 1997). Dans le même sens, l'expertise qui serait effectuée par un tiers est nulle, l'expert devant remplir personnellement la mission qui lui a été confiée.

2. Le respect du contradictoire

Le principe de la contradiction consacrée par l'article 16 du NCPC s'impose au technicien de la même manière qu'au juge. C'est souvent sur le terrain du contradictoire que sera recherché le défaut de régularité de la mission. Les exemples en jurisprudence sont nombreux : défaut de convocation de l'une des parties, défaut de communication de pièces à l'adversaire, prise en compte d'un avis extérieur sans en avoir informé les parties...

Les experts en informatique sont soumis à trois types de règles : celles issues du NCPC, celles de la Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires (FNCEJ) et celles produites par la CNEJITA et adaptées au secteur particulier de l'informatique. A ce propos, la CNEJITA veille au

respect de la déontologie. Ces dernières ont la force obligatoire de règles professionnelles. Aussi, la seule sanction envisageable (sauf celles prévues par le NCPC) en cas d'infraction de l'expert à l'un de ses devoirs est l'exclusion en sa qualité de membre de la *CNEJITA*. Encore faut-il bien sûr qu'il en soit membre.

3. "Pas de nullité sans grief"

Cette règle gouvernant l'ensemble de la procédure civile quant aux nullités de forme (art. 114 du NCPC) s'applique également en matière d'expertise. Parmi celles-ci se trouve le non-respect du principe du contradictoire. Le plaideur doit donc prouver une atteinte aux droits de la défense résultant de la violation de ce principe à l'appui de sa demande en annulation du rapport par exemple.

B. L'indépendance et l'impartialité de l'expert

Mais peut-être, le technicien n'aura-t-il pas à commencer sa mission. Il peut en effet être récusé. L'article 234 du NCPC dispose que le technicien peut être récusé pour les mêmes causes que le juge, c'est-à-dire selon les motifs énumérés par l'article 341 du NCPC¹.

Depuis une décision de la Cour de cassation de 1998², les 8 cas de récusation prévus n'épuisent pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction. Cette décision qui concernait les tribunaux a été confirmée récemment et appliquée expressément à l'expert³.

Ainsi, en vertu de cette jurisprudence récente, dès lors que l'expert judiciaire s'est trouvé dans des circonstances susceptibles de compromettre son impartialité, une partie serait en mesure de se fonder sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour solliciter du juge qu'il récusé l'expert judiciaire.

La portée de cet arrêt reste encore à définir. Mais pour l'avocat, il se pourrait que le verrou selon lequel une demande de récusation ne puisse être formulée qu'avant la clôture des débats saute. En devenant une véritable règle d'ordre public, le principe du devoir d'impartialité de l'expert devrait pouvoir être invoqué en tout état de cause et à tout moment du procès, y compris pour la première fois en cassation.

Certains auteurs estiment que ce défaut d'impartialité ne pourrait " être sanctionné que par le biais de la nullité du rapport ou, en amont, par le biais du remplacement du technicien qui manque à ses devoirs, sur le fondement de l'article 235 alinéa 2 du NCPC⁴ ".

Enfin, un courant très fort s'exprime tant au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme qu'au niveau national, selon lequel, les appréhensions d'une partie ou ses doutes dès lors que ceux-ci pourraient passer pour objectivement justifiés seraient susceptible de légitimer une demande de récusation (Voir Jurisprudence de la CEDH, « Morel c/ France » du 6 juin 2000). Le Tribunal de grande instance de Paris a pu le 27 avril 2001 prononcer la récusation d'un expert sur le fondement de l'article 6 § 1 de la CEDH, précisant qu'il suffisait que l'une des parties puisse concevoir "*un doute sur l'impartialité objective et apparente de l'expert*".

Cela étant, les avocats comme les experts que j'ai pu rencontrer m'ont confié que les procédures en récusation ou en remplacement d'expert étaient rarissimes, la pratique révélant qu'il était plus judicieux de s'attaquer au travail de l'expert qu'à l'expert lui-même.

¹ 8 causes de récusation de l'article 341 : "avoir un intérêt personnel à la contestation" ; "être créancier ou débiteur de l'une des parties" ; "être parent ou allié de l'une des parties" ; "avoir ou avoir eu un procès entre lui et la partie" ; "avoir connu de l'affaire comme juge ou arbitre ou conseil de l'une des parties" ; "être chargé d'administrer les biens de l'une des parties" ; "existence d'un lien de subordination avec l'une des parties" ; "existence d'un lien d'amitié ou d'inimitié notoire avec l'une des parties".

² Civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, Bull. civ. I, n°155.

³ Civ. 2^{ème}, 5 déc. 2002, D. 9 janv. 2003, I.R. p. 105.

⁴ F. Pinchon, "L'expertise judiciaire en Europe", éditions d'organisations, 2002, n°604.

Un problème subsiste néanmoins : celui de la connivence et de la complicité parfois très forte pouvant se nouer entre l'expert et l'avocat. Le NCPC est muet à cet égard. Certes l'article 235 du NCPC évoque « *l'existence d'un lien d'amitié ou d'inimitié notoire avec l'une des parties* » mais d'une part, l'avocat n'est pas une "partie", et d'autre part, l'existence d'un lien d'amitié ne renvoie pas forcément à celle de liens d'affaires. Seules les règles d'usage de la profession viennent rappeler à l'expert qu'il lui est interdit "*d'accepter toute mission privée de conseil ou d'arbitre, à la demande d'une ou de toutes les parties, qui fasse directement ou indirectement suite à la mission judiciaire qui lui a été confiée, tant que l'affaire n'a pas été définitivement jugée*" (art. I. 7 – règles déontologiques de la FNEJ).

Conclusion

L'expertise est une phase du procès qu'il ne faut jamais négliger, tout spécialement en informatique où le recours à un technicien est bien souvent le passage obligé pour dénouer le partage des responsabilités.

Or, c'est un passage risqué et très aléatoire. Une expertise bien entamée peut se conclure par un rapport catastrophique. Un dérapage de méthode lors d'une réunion, parfois infime, peut entraîner des conséquences dramatiques pour l'issue du litige.

Le rôle de l'avocat est précisément de réduire cet aléa au maximum en anticipant les difficultés, les pièces, la stratégie de l'adversaire, les faiblesses de son propre dossier.

Enfin, la question essentielle que l'avocat spécialiste en informatique doit se poser, en amont, est la suivante :

"Quelles pièces vais-je pouvoir produire ?". C'est une question au demeurant assez paradoxale lorsque l'on sait qu'elle doit s'articuler avec le principe de procédure civile selon lequel la communication de pièces doit se faire de façon spontanée. Pourtant, une expertise se résume souvent à une "guerre des pièces", toute communication pouvant se révéler dangereuse. Face à cela, seule l'expérience est en mesure de déjouer les pièges tendus par son adversaire et parfois par l'avocat lui-même.

A.H.