



CONTENTIEUX

La procédure participative, alternative à l'expertise judiciaire

Le recours à la procédure participative, procédure de règlement des litiges à l'amiable, pour encadrer et maîtriser l'expertise technique

Les dérives d'un projet informatique entraînent fréquemment le recours à l'expertise judiciaire pour éclairer le juge sur les manquements techniques à l'origine du différend. Les parties perdent alors le contrôle de la durée de l'expertise judiciaire, de son coût et potentiellement du résultat. La procédure participative constitue une alternative pertinente à l'expertise judiciaire en offrant aux parties d'organiser elles-mêmes l'expertise technique.

Il est, hélas, trop fréquent que les conséquences de l'échec d'un projet informatique soient aggravées par les aléas d'une expertise judiciaire :

- le champ d'investigation de la mission de l'expert est guidé par les parties mais décidé in fine par le juge :
- la rémunération de l'expert est décidée par le juge, sur l'estimation de l'expert et en fonction des diligences effectivement réalisées ;
- la durée de l'expertise peut allonger la durée de la procédure de 2 à 3 ans.

Introduite dans le droit français en 2010¹, le cadre légal de la procédure participative a évolué jusqu'au décret du 11 décembre 2019². Cette procédure de règlement amiable est largement favorisée par les tribunaux, certes pour en alléger le fonctionnement, et a pour effet d'écartier les inconvénients classiques de l'expertise judiciaire tout en sécurisant l'expertise technique qui est menée. La procédure est contradictoire, l'accord qui en résulte peut être revêtu de la force exécutoire. En l'absence

d'accord à l'issue de la procédure participative, les parties bénéficient d'une saisine prioritaire du juge.

LES PRINCIPES DE LA PROCEDURE PARTICIPATIVE

Une convention écrite

Tout d'abord les parties doivent s'entendre suffisamment pour se réunir et conclure une convention qui pose les principes de la procédure. En application de l'article 2062³ du code civil, les parties s'engagent à résoudre le différend, conjointement et de bonne foi.

La convention de procédure participative doit⁴, à peine de nullité, préciser :

- la durée de la procédure participative,
- l'objet du différend,
- les pièces et les informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange,
- le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

La description de l'objet du différend soumis à la procédure participative doit être précise car d'une part, les parties conservent la liberté d'introduire une action pour les différends non visés dans la convention, d'autre part, en cas d'échec de la procédure participative, le juge ne pourra statuer que sur les points relevant du périmètre prévu par la convention.

La convention doit également lister les pièces, les informations requises (telles que la cartographie des matériels, des logiciels, des données, scénarii de tests et de données représentatives, documents de suivi de projet...) et les modalités des échanges. Cette obligation participe à la bonne foi et à la loyauté imposées par l'article 2062 du code civil. L'échange des pièces et des informations doit se faire entre avocats⁵. Il est recommandé de prévoir, dans la convention, le planning global et les délais de communication des pièces ainsi que la fréquence des échanges. Concrètement, il est préférable que le recours à la procédure participative soit prévu à l'origine dans le contrat de réalisation du projet informatique et décrive les grands principes.

A défaut, soit la communication est encore possible entre les parties, et à l'aide de leurs conseils, elles pourront converger vers un accord pour mettre en place la procédure participative, soit les difficultés du projet ont endommagé profondément la capacité des parties à concevoir la possibilité d'un accord et elles ne créeront pas le terrain favorable à la procédure participative.

Il reste possible, malgré tout, de contribuer à la mise en place de la procédure participative en s'appuyant sur la clause de règlement amiable de litige avant toute action judiciaire (si elle existe dans le contrat) et d'utiliser cet espace temporel pour convaincre les parties à la procédure participative (si la résolution du différend n'a pas été concluante).

L'assistance d'avocats et l'utilisation des outils numériques dédiés

Chaque partie doit être assistée par un avocat⁶ pour mener une procédure participative. Cette obligation permet d'assurer la sécurité juridique des actes qui seraient convenus au cours de la procédure et d'éviter leur remise en cause ultérieure pour des motifs juridiques. Il appartient aux avocats de veiller à la régularité des actes et à l'équilibre des intérêts des parties.

Outre la convention initiale, la procédure participative peut être articulée avec des actes d'avocats⁷. Ces derniers peuvent contresigner des actes de procédure dans le cadre de la procédure participative⁸ :

- sur des faits ou des pièces qui n'auraient pas été énumérés dans le cadre de la convention participative et sur lesquels les parties se mettent d'accord ;
- sur les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ;
- convenir des modalités de communication de leurs écritures ;
- recourir à un technicien selon les modalités des articles 1547 à 1554 du code de procédure civile ;
- désigner un conciliateur de justice ou un médiateur ayant pour mission de concourir à la résolution du litige. L'acte fixe la mission de la personne désignée, le cas échéant, le montant de sa rémunération et ses modalités de paiement ;
- consigner les auditions des parties, entendues successivement en présence de leurs conseils, comportant leur présentation du litige, leurs prétentions, les questions de leurs avocats ainsi que leurs réponses et les observations qu'elles souhaitent présenter ;
- consigner les déclarations de toute personne acceptant de fournir son témoignage sur les faits auxquels il a assisté ou qu'il a personnellement constatés, recueillies ensemble par les avocats, spontanément ou sur leur interrogation. L'acte contient les mentions prévues au

deuxième alinéa de l'article 202 du code de procédure civile. Le témoin fait précéder sa signature de la mention prévue au troisième alinéa du même article ;

- consigner les constatations ou avis donnés par un technicien recueillies ensemble par les avocats.

Les parties peuvent ainsi, par le biais de leurs avocats, organiser elles-mêmes des actions sans avoir à saisir le juge (témoignages, constats techniques, tests complémentaires...).

Les actes d'avocats peuvent être enregistrés et conservés sur l'espace dédié de la plateforme e-Barreau, qui offre la gestion sécurisée et horodatée de tout le processus partant de la création de la convention et des actes d'avocats jusqu'à la signature de l'accord et à son archivage.

Le choix d'un avocat pratiquant la procédure participative constituera un atout pour favoriser cette procédure.

A quel moment mettre en œuvre la procédure participative

Les parties peuvent convenir d'une procédure participative soit avant de saisir une juridiction pour résoudre le différend qui les oppose, soit à tout moment après la saisine de la juridiction dans le but d'organiser la mise en état de l'affaire.

Avant d'introduire une action, les parties peuvent avoir intérêt à régler entre elles tout ou partie du différend, dont les aspects techniques. La convention de procédure participative présente l'avantage, notamment, de rendre irrecevable toute action sur un sujet relevant de l'objet de la convention, sauf i) inexécution de la convention par l'une des parties et ii) mesures provisoires ou conservatoires en cas d'urgence⁹.

Par conséquent, l'objet de la convention détermine le champ de l'action judiciaire des parties pendant toute sa durée.

Lorsqu'une procédure contentieuse a déjà été déclenchée par l'une des parties, elles peuvent convenir d'une procédure participative de mise en état, par exemple aux fins d'isoler l'expertise technique du reste du litige. Ce choix qui a pour effets .

- la renonciation à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du code de procédure civile¹⁰, à l'exception de celles survenant ou révélées postérieurement à la signature de la convention¹¹,
- d'interrompre l'instance en cours et le juge peut fixer la date d'audience à laquelle sera ordonnée la clôture et la plaidoirie¹².
- l'interruption d'instance emporte l'interruption du délai de péremption¹³.

Le tribunal sera particulièrement favorable à cette procédure qui allège la charge des juridictions.

LA PROCEDURE PARTICIPATIVE, ECRIN DE L'EXPERTISE TECHNIQUE

L'expertise judiciaire a pour fonction d'éclairer le juge qui ne disposerait pas d'éléments suffisants pour statuer. La procédure participative contribue à éliminer les aspects négatifs de l'expertise judiciaire, du point de vue des parties, en leur permettant de prendre la main sur le choix de l'expert, le périmètre de sa mission et sur la durée de l'expertise.

Choix d'un ou plusieurs experts par les parties

En effet, la procédure participative permet aux parties de désigner un expert et de maîtriser la mission qui lui est impartie.

Il serait, par exemple, tout à fait possible de faire intervenir plusieurs techniciens disposant chacun d'une expertise pointue pour un domaine spécifique et non de laisser le soin à l'expert désigné par un juge le fait de se faire assister ou non par un autre sappeur qu'il choisit librement.

Ce choix renforce la légitimité des experts et la confiance des parties dans les conclusions de l'expertise.

L'expert ne peut être révoqué qu'avec l'accord unanime de toutes les parties.

Définition de la mission de l'expert par les parties

Les parties ont également la possibilité de contrôler le contenu de la mission et, surtout, de parfaitement coordonner les sujets techniques en jeu avec l'expert choisi. Cette option a été prévue par l'article 1550 du code de procédure civile qui permet, selon les observations du technicien retenu, de modifier la mission confiée et de mandater un technicien complémentaire.

Le rôle de l'expert peut ainsi être circonscrit aux seuls domaines et sujets relevant de ses compétences techniques et il n'aura pas à interpréter les termes du contrat ou la volonté des parties si celles-ci ne le souhaitent pas. A titre d'illustration, dans le cas d'une expertise judiciaire, l'expert doit saisir le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction s'il considère que les documents contractuels sont susceptibles de plusieurs interprétations (ce qui peut être fréquent) et qu'il est empêché dans sa mission. Dans le cadre de la procédure participative, la clarification pourra être organisée beaucoup plus rapidement.

Les parties peuvent avoir également intérêt à protéger le secret des affaires et à contrôler le champ d'investigation de l'expert si d'autres parties à la procédure sont des concurrentes potentielles.

La limitation de la mission de l'expert ordonnée en référé dans le cadre d'une expertise judiciaire n'est pas chose facile. Dans une affaire récente, des prestataires ont échoué à restreindre la mission de l'expert qui « prévoit uniquement la communication des documents en lien avec la mise en place de la solution informatique, la copie d'une sauvegarde des éléments du progiciel qui ont été

livrés à la date du 12 septembre 2017 pour apprécier l'état d'avancement du dispositif au jour de la résiliation, la réalisation par l'expert de tests à partir de cette sauvegarde ainsi enfin que la description, la constatation et la détermination par celui-ci des causes des retards et points de non-conformité ». La cour d'appel de Versailles a considéré que « la mission confiée par le premier juge à l'expert apparaît parfaitement circonscrite à l'objet du litige, sans apparaître trop large et générale »¹⁴.

Contrôle de la durée de la mission et du coût de l'expertise¹⁵

La convention, ou les actes d'avocats supplétifs, doit prévoir la durée globale de la mission de l'expert et peut organiser les étapes de l'expertise, les échanges de pièces et d'informations. Un calendrier conventionnel de procédure applicable à toutes les parties peut être convenu permettant ainsi de respecter la durée de la mission de l'expert, tout comme la gestion d'un projet informatique.

Les parties conviennent de la rémunération de l'expert et de sa répartition financière entre elles. La rémunération de l'expert est contractualisée. Dans le cas de l'expertise judiciaire, la facture globale de l'expertise échappe totalement au contrôle des parties, dont le paiement peut échoir en totalité à la partie défaillante¹⁶.

Effet du rapport d'expertise¹⁷

Le rapport écrit remis par l'expert peut être produit en justice. Il constitue une pièce opposable entre les parties. Cette transmission est facultative et il appartient aux parties de déterminer dès la convention le degré de confidentialité qu'elles souhaitent attribuer aux informations échangées et aux documents produits.

La stratégie de la confidentialité dépend, notamment, du contexte de la mise en œuvre de la procédure participative et des issues possibles à son extinction.

Pour mémoire, le secret professionnel auquel sont soumis les avocats garantit la confidentialité des échanges.

Le déroulement de l'expertise peut être encadré et contrôlé par les avocats, maîtres de l'horloge et de l'équilibre des intérêts des parties, notamment par l'emploi des actes d'avocats et de l'espace dédié à la procédure participative sur la plateforme e-Barreau.

A l'issue de la procédure participative, en l'espèce de la mission technique, le résultat est constaté dans un acte d'avocats qui formalise les points d'accords et/ou de désaccords.

Cette procédure peut donc être vue comme un mode d'externalisation de l'expertise judiciaire de la sphère judiciaire.

LES ISSUES DE LA PROCEDURE PARTICIPATIVE

La procédure participative s'éteint¹⁸ par l'arrivée du terme prévu par la convention, la résiliation anticipée par écrit par les parties, la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou au litige ou l'établissement d'un acte constatant la persistance du différend, l'inexécution par l'une des parties de la convention, la saisine du juge pour statuer sur un incident.

Trois situations sont envisagées.

Accord total sur l'objet de la convention

L'accord intervenu entre les parties fait l'objet d'un acte d'avocats, qui a une force probante.

Les parties peuvent demander au juge d'homologuer l'acte d'avocats pour le rendre exécutoire. Dans ce cas, le juge doit homologuer l'accord sans possibilité de le modifier, il peut éventuellement entendre les parties en cas de doute sur les termes de l'accord. L'exécution forcée de l'accord convenu entre les parties devient possible.

Dans le cas d'une procédure participative de mise en état, l'accord total sur le litige éteint la procédure engagée.

Ainsi, l'expertise technique pourra-t-elle être conduite et validée sous la maîtrise des parties et sans polluer un éventuel débat judiciaire de nature purement juridique, qui pourra, le cas échéant, être poursuivi devant la juridiction compétente.

En cas de désaccord résiduel persistant

Si la procédure participative a permis de purger uniquement une partie du différend, les parties peuvent revenir devant le juge pour faire trancher le litige résiduel. Dans ce cas¹⁹, les parties peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur les sujets non résolus, soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe signée par les avocats les ayant assistés au cours de la procédure participative.

L'objet du litige est limité aux demandes formulées dans la requête et aucune des parties ne peut soulever de nouveaux moyens sauf pour répondre aux questions du juge.

L'ensemble des pièces doit être communiqué à la juridiction, avant l'audience : la convention de procédure participative, les pièces communiquées²⁰, le(s) rapport(s) des techniciens²¹, les actes d'avocats formalisant les accords, l'acte d'avocats formalisant les points de désaccords.

L'affaire sera fixée à bref délai et directement en audience de jugement.

Le recours à la procédure participative aura permis de régler certains sujets pour, si possible, ne laisser perdurer que les aspects juridiques du dossier pour lesquels le juge dispose des compétences. La procédure devant le juge, désintéressée des sujets purement techniques, pourra suivre un rythme plus rapide.

En cas de désaccord total

Le litige est porté devant la juridiction compétente sans que la conciliation ou la médiation préalables ne soient requises. Les parties peuvent saisir le juge soit par une requête conjointe, soit par une requête unilatérale. La requête doit être déposée dans les trois mois du terme de la convention participative.

En conclusion, le recours à la procédure participative présente des atouts majeurs et est conditionné par l'intérêt équivalent des parties à rechercher un accord amiable et à la bonne volonté qu'elles déploient pour converger.

Ainsi, il est recommandé de fixer une durée pour s'accorder sur la convention et les nombreuses dispositions qu'elle doit contenir pour être efficace. Conjointement à l'expertise technique, la procédure participative peut s'appliquer à tout sujet de discorde entre les parties²².

Isabelle BOUVIER

Bouvier Avocats

Notes

- (1) Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.
- (2) Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.
- (3) Article 2062 code civil : « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. Cette convention est conclue pour une durée déterminée ».
- (4) Article 2063 code civil
- (5) Article 1545, al 2 code de procédure civile : « La communication des prétentions et des moyens en fait et en droit, des pièces et informations entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée ».
- (6) Article 2064 code civil : « Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067. »
- (7) Article 2063,4° code civil : « Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ».
- (8) Article 1546-3 code de procédure civile
- (9) Article 2065 code civil : « Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige. En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties. »
- (10) Article 47 code de procédure civile : « Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe. Le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions. A peine d'irrecevabilité, la demande est présentée dès que son auteur a connaissance de la cause de renvoi. En cas de renvoi, il est procédé comme il est dit à l'article 82. »
- (11) Article 1546-1 code de procédure civile.
- (12) Article 369 code de procédure civile
- (13) Article 392 code de procédure civile
- (14) CA Versailles du 28 novembre 2019 – 18/08730.
- (15) Articles 1547 et suivants du code de procédure civile.
- (16) CA Grenoble 5 septembre 2019, 16/02858.
- (17) Articles 1553 et 1554 du code de procédure civile.
- (18) Article 1555 code de procédure civile
- (19) Article 1560 code de procédure civile
- (20) Sauf celles couvertes par la confidentialité décidée par les parties
- (21) Sauf si les parties ont décidé de protéger ces documents par la confidentialité
- (22) Sauf les exceptions visées par l'article 2067 du Code civil.