



CONTENTIEUX

L'arme contractuelle pour éviter l'expertise judiciaire à l'issue incertaine

Le risque d'une expertise judiciaire, souvent longue, coûteuse et à l'issue incertaine, freine bon nombre d'entreprises d'engager la responsabilité de leur cocontractant en cas d'échec d'un projet informatique. Or, un ensemble contractuel bien élaboré en amont et un suivi efficace du projet informatique permettent d'écarter une expertise judiciaire.

Il est parfaitement compréhensible qu'après avoir vécu les affres d'un échec, la difficulté de l'accepter et ses conséquences financières, l'entreprise, au mieux, favorise un accord transactionnel désavantageux, au pire, renonce simplement à tout dédommagement de la part de son cocontractant, ce qu'elle considérera encore préférable au risque d'une expertise judiciaire en cas d'action en responsabilité.

En effet, l'expertise judiciaire a pour fonction d'éclairer le juge qui ne disposerait pas d'éléments suffisants pour statuer (article L. 144 code de la procédure civile « CPC ») sur les faits dont dépend la solution du litige (article L. 143 CPC), l'article 170 CPC exclut le recours à l'expertise judiciaire pour « suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

Rappelons qu'une expertise judiciaire peut être précédée par une demande de constatations¹ ou par une demande de consultation², qui sont rarement mises en œuvre. Il est fréquemment constaté dans la pratique que des demandes d'expertises :

- ne présentent aucun motif en lien avec l'objet du litige,
- constituent des manœuvres dilatoires, permettant de retarder

le cours de la justice, parfois demandées de longs mois après le début de la mise en état et/ou bien que les installations informatiques concernées (machines, réseaux, applications...) aient été manipulées, modifiées ou changées depuis l'arrêt des prestations,

- soient dénuées de fondement, c'est-à-dire, cherchent à pallier l'absence de preuve pour démontrer ou infirmer l'origine de la responsabilité.

Et visent à noyer les débats contractuels sous des aspects techniques, dont l'analyse est superfétatoire.

Cependant, il est également fréquent que des demandes d'expertises soient justifiées et recevables si l'entreprise a négligé le contrat qui est à l'origine de son projet informatique et/ou s'est abstenue de documenter la vie du projet.

Il est souvent constaté que le prestataire propose à ses clients des projets de contrats naturellement protecteurs pour lui, prend la plume pour la préparation des comités et la rédaction des comptes-rendus, ce qui lui permet d'orienter favorablement la description et l'interprétation des faits constitutifs du projet informatique.

Le client, pour des raisons valables d'incompétence informatique, de manque de personnel et de confiance, remet le leadership de la relation et de la documentation à son prestataire.

Le client se trouve démuné lorsqu'il ne peut s'en remettre qu'à un contrat allégé sur les obligations du prestataire et renforcé sur ses propres engagements et à une documentation technique qui dépasse son expertise.

A l'inverse, un prestataire qui intervient sur un projet informatique dont les contours ont été mal définis par un client et qui sont difficiles à cerner, et/ou dont l'équipe projet interne conserve une réelle autonomie sur le projet peut perdre la maîtrise des événements et l'administration de leur preuve.

Il s'agit d'une part, d'intégrer la technicité du projet dans le contrat et de faire correspondre les aspects techniques et opérationnels avec les engagements juridiques et d'autre part, de poursuivre cet effort tout au long de la vie du projet, tout en apportant la souplesse indispensable pour favoriser le succès du projet, pour tracer les événements et établir une communication factuelle permettant ainsi d'éclairer le juge sans qu'il soit nécessaire de recourir à une expertise technique.

L'ensemble contractuel comme pierre angulaire du projet informatique

Le contrat, bien élaboré, présente une double efficacité : il permet de vérifier, lors des négociations, que le client et le prestataire comprennent réciproquement les besoins de l'un et les limites de l'autre et de s'assurer qu'ils sont en phase, et de constituer la référence documentaire dominante du projet informatique tant pour sa bonne réalisation qu'en cas de divergence.

Il s'agit de considérer le contrat et ses annexes techniques au même titre que le cahier des charges du client et l'offre du prestataire et non comme un besoin collatéral.

Certaines précautions pour l'élaboration du contrat

Le contrat ne devrait pas ressembler à une accumulation de clauses sans lien avec l'aspect technique du projet : il doit être construit en fonction. Plus le contrat est adapté au projet informatique, plus il constitue un outil de pilotage pertinent du projet informatique et la référence technique et juridique des obligations du prestataire et de ses éventuels manquements.

En cas d'utilisation de modèles types proposés par des moteurs ou de contrats soumis par les prestataires, il est recommandé d'intégrer les aspects techniques saillants et spécifiques du projet informatique en intégrant des clauses de garanties techniques, telles que :

- la garantie de conformité au cahier des charges,
- la garantie d'évolutivité,
- la garantie de robustesse,
- la garantie de performances,
- la garantie de disponibilité,
- la garantie de comptabilité ascendante,
- la garantie de sécurité,
- la garantie d'intégrité des données,
- la garantie de pérennité,
- la garantie de non-régression...

Ces exemples ne sont pas exhaustifs et doivent être adaptés à la nature du projet en cause.

L'exercice consiste à traduire en termes juridiques les engagements techniques du prestataire identifiés dans son offre technique et commerciale et dans les annexes techniques permettant ainsi de caractériser d'éventuels manquements contractuels pour engager sa responsabilité sans qu'il soit utile d'éclairer le juge par le recours à une expertise technique.

Considéré du côté du prestataire, il s'agit de délimiter très clairement le périmètre de ses prestations et de décrire, notamment, les pré-requis attendus du client qui sont indispensables à la réalisation du projet. En effet, il est fréquent que la mission confiée à l'expert porte sur l'analyse des pièces contractuelles, des livrables convenus, du mode de coopération entre elles, de la recette des livrables, des obligations de chaque partie, qu'il est regrettable de laisser à l'appréciation d'un tiers.

Il est opportun de faire intervenir un juriste dès la préparation de l'appel d'offres (ou du cahier des charges) et de travailler en équipe la rédaction du projet de contrat, des annexes techniques du prestataire et l'analyse de l'offre du prestataire.

L'importance déterminante des annexes techniques

Trop souvent, en pratique, le contrat se résume à une somme de clauses génériques qui renvoient le contenu des prestations à des annexes techniques, telles les SLA ou convention de services, le plan d'assurance qualité, le plan d'assurance sécurité, la politique de confidentialité, le plan de réversibilité, les conditions financières, le calendrier des prestations. Certaines de ces annexes sont souvent établies par le prestataire après la signature du contrat car il ne souhaite pas passer du temps sur ces documents en phase avant-vente et justifie la nécessité d'organiser des ateliers pour s'approprier le projet. Si ce

dernier point est pertinent, rien n'empêche de convenir d'une version préliminaire du document et de verrouiller les conditions de son évolution ultérieure pour éviter de trouver, dans ces annexes, des conditions de nature juridique ou commerciales jamais évoquées lors des négociations et qui vont s'imposer sans l'œil alerte du juriste.

Les engagements techniques du prestataire doivent être rendus compréhensibles par tous dans le contrat et dans les annexes techniques.

A titre d'illustration, il est préférable :

- d'éviter de faire des copiés/collés de l'offre du prestataire dans le contrat ;
- d'éviter de faire référence à des engagements accessibles par un lien proposé par le prestataire dont il peut faire évoluer le contenu librement ;
- de simuler, dans le contrat ou les annexes, tous les calculs des indices pour en apprécier la pertinence et les règles ;
- de simuler dans le contrat ou les annexes, tous les calculs des pénalités de retard, pour en apprécier la pertinence et les règles. Ces simulations peuvent mettre en évidence la faiblesse de l'incitation financière ;
- de présenter les engagements contractuels de façon cohérente avec le projet et en miroir avec le cahier des charges et l'offre. Ce travail d'adhérence facilite la compréhension ultérieure en cas d'échec du projet.

Pour mettre toutes les chances de son côté, encore faut-il que chaque partie s'implique efficacement dans la description factuelle des éléments du projet tout au long de sa réalisation.

La gouvernance du projet informatique

La signature du contrat marque le point de départ de la constitution d'équipes mêlées entre le client et le prestataire. Les liens professionnels

qui sont alors mis en place entre les équipes favorisent grandement la réussite du projet et peuvent être source de négligence par manque de recul.

Mise en place d'une équipe transverse

Si le juriste a tendance à disparaître du paysage sitôt la signature acquise, il est fortement recommandé de conserver son regard et sa main et de l'associer à l'équipe composée du contract manager, du chef de projet, des équipes techniques internes et de l'assistance à maîtrise d'ouvrage jusqu'à la fin du déploiement du projet.

Car un contrat, si bien rédigé et adapté soit-il, ne sera d'aucun secours si la réalisation du projet s'éloigne de ce qui est prévu contractuellement sans que cela ne soit acté.

La première démarche consiste donc à sensibiliser les équipes techniques aux engagements réciproques (techniques et juridiques) convenus dans le contrat. Cette précaution permet de limiter les vues personnelles divergentes et d'adresser des demandes au prestataire ou d'attendre des actions du client infondées, qui sont source de contentieux.

Description factuelle des événements

La participation proactive du client dans les comités est hautement souhaitable. Il doit s'impliquer pour tracer les actions et les délais du prestataire, participer à l'ordre du jour, être soit à l'initiative de la rédaction des comptes-rendus de comité, soit relire méticuleusement ceux-ci s'ils sont préparés par le prestataire.

Il convient d'apporter une description factuelle des événements

qui émaillent la vie du projet. Cette démarche est souvent difficile à mener par les équipes techniques, du prestataire et du client, qui s'entendent à mi-mots ou espèrent que telle difficulté sera résolue ultérieurement. Or, l'expertise judiciaire sera précisément ordonnée si les faits ne sont pas clairs³.

A titre d'exemple, la cour d'appel de Paris⁴ a décidé, dans un arrêt du 26 juin 2020, de rejeter la demande d'expertise car l'ensemble des « éléments étaient à la disposition de la cour pour statuer sur le présent litige ». En l'espèce, la cour a considéré que les manquements graves du prestataire sont caractérisés au vu du contrat, des annexes (cahier des charges et SLA), des courriels et des comptes rendus faisant état des difficultés.

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Paris⁵ considère, notamment, que « les documents dont la remise est sollicitée dans le cadre de l'expertise (...) a déjà été produite » pour rejeter la demande d'expertise.

En application de la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges du fond sont souverains pour apprécier l'opportunité d'une mesure d'instruction. Il est recommandé de mettre en œuvre les moyens humains et financiers pour veiller tout au long du projet à la documentation des faits techniques et juridiques.

Associer un juriste qui dispose de la connaissance des pièces contractuelles et du recul opérationnel peut s'avérer un atout décisif.

Isabelle BOUVIER

Avocat à la Cour
BOUVIER AVOCATS

Notes

- (1) Article 249 CPC : Le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.
- (2) Article 256 CPC : Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation.
- (3) Article 143 CPC – les faits dont dépend la solution du litige (...) peuvent être l'objet de toute mesure d'instruction (...), Article 144 CPC : Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. 145 CPC : S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées (...) Article 146 CPC : Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.
- (4) Arrêt CA PARIS, Pole 5, 11ème chambre, 26 juin 2020 – n°17/20843
- (5) Arrêt CA PARIS, pole 1, 2ème chambre, 29 octobre 2015 n°14/04429



Vous avez envie de vous exprimer sur un sujet qui vous tient à cœur, de partager votre analyse avec la communauté des lecteurs d'Expertises, d'exposer un point de vue différent sur un article déjà publié, de lancer un débat sur un thème émergent, ou simplement de commenter l'actualité du droit du numérique ?

Contactez la rédactrice en chef d'Expertises Sylvie Rozenfeld sr@expertises.info