

# L'évaluation des préjudices dans le monde numérique

## Les liens de causalité au cœur de la démonstration

9 avril 2013

<b>Introduction et ouverture du colloque</b>	<b>2</b>
Serge MIGAYRON	2
<i>Président de la CNEJITA</i>	2
<b>Lien de causalité et immatériel en droit français</b>	<b>3</b>
Yves LELIEVRE	3
<i>Président du Tribunal de Commerce de Nanterre</i>	3
<b>L'entreprise face à l'exigence de la preuve dans le monde numérique</b>	<b>6</b>
Antoine CHATAIN	6
<i>Avocat associé cabinet STASI, CHATAIN et associés</i>	6
<b>Le lien de causalité sur le chemin critique de la démonstration</b>	<b>9</b>
Stéphane LIPSKI	9
<i>Expert, Président d'honneur de la CNEJITA</i>	9
<b>Liens de causalité et préjudices numériques : cas pratique et table ronde</b>	<b>11</b>
Serge MIGAYRON	11
<i>Président de la CNEJITA</i>	11
Jean-Pierre LUCQUIN	11
<i>Président de chambre honoraire au Tribunal de Commerce de Paris</i>	11
Bénédicte LIJOUR	11
<i>Directeur juridique CAPGEMINI France</i>	11
Philippe GLASER	11
<i>Avocat associé cabinet TAYLOR &amp; WESSING</i>	11
Stéphane LIPSKI	11
<i>Expert, Président d'honneur de la CNEJITA</i>	11
<b>Synthèse et clôture du colloque</b>	<b>28</b>
Serge MIGAYRON	28
<i>Président de la CNEJITA</i>	28

## Introduction et ouverture du colloque

---

Serge MIGAYRON

*Président de la CNEJITA*

Mesdames et Messieurs, je vous remercie d'être parmi nous, dans la Première chambre de la Cour d'appel de Paris, pour ce colloque consacré aux liens de causalité dans l'évaluation des préjudices dans le monde numérique.

Il nous a semblé important d'organiser une journée d'échanges sur ce sujet, à plusieurs titres.

Tout d'abord, la compréhension des liens de causalité est un élément essentiel dans l'appréciation des préjudices, et ce, quel que soit le domaine concerné. Ceci est particulièrement vrai dans le monde numérique, où ces liens de causalité peuvent être multiples et complexes.

Ensuite, ce sujet demeure peu étudié. De nombreuses manifestations ont traité des difficultés techniques dans le monde numérique (notamment, bien sûr, la CNEJITA), d'autres des préjudices. Mais aucune, à notre connaissance, n'avait abordé en sujet principal la question du lien qui va du manquement technique aux conséquences financières.

Je présenterai brièvement le programme du colloque et les différents intervenants, qui vont tour à tour s'exprimer à cette tribune.

Dans une première partie, trois interventions vous seront proposées.

Monsieur Yves Lelièvre, Président du Tribunal de Commerce de Nanterre, interviendra tout d'abord sur le thème des liens de causalité et de l'immatériel en droit français. Il nous dira si nous pourrions nous appuyer ou non sur une définition du lien de causalité, nous livrera les enseignements que nous pouvons retenir de la jurisprudence, ainsi, bien sûr, que son avis sur les exigences et appréciations du juge en la matière.

Maître Antoine Chatain, avocat au cabinet Stasi, Chatain et associés, évoquera ensuite la situation de l'entreprise face aux exigences de la preuve dans le monde numérique. Nous verrons, avec son intervention, que la démonstration des liens de causalité est complexe et représente une charge lourde qui pèse sur le demandeur du préjudice.

Enfin, Stéphane Lipski, Président d'honneur de la Cnejita, mettra à profit sa double compétence, technique et financière, pour présenter les éléments de méthode que l'expert est amené à mettre en œuvre dans l'analyse de ces liens de causalité.

Après ces exposés introductifs, la deuxième partie du colloque débutera par la présentation d'un cas pratique inspiré d'un cas réel.

Une table ronde réunira trois intervenants, qui nous feront part des éléments de réflexion générale que leur inspire ce cas, et répondront aux questions concrètes qu'il soulève.

Nous aurons le plaisir d'accueillir à cette tribune Monsieur Jean-Pierre Lucquin, Président de chambre honoraire au Tribunal de Commerce de Paris, qui a été pendant plusieurs années Délégué général aux Mesures d'instruction, Madame Bénédicte Lijour, Directrice juridique de Capgemini France et Maître Philippe Glaser, Avocat associé du cabinet Taylor & Wessing.

Nous ouvrirons ensuite une séance de questions-réponses avec la salle puis clôturerons ce colloque par une brève synthèse des travaux réalisés.

Je cède dès à présent la parole à Monsieur le Président Yves Lelièvre.

## Lien de causalité et immatériel en droit français

---

Yves LELIEVRE

*Président du Tribunal de Commerce de Nanterre*

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, c'est un très grand honneur pour moi d'être ici parmi vous. Je suis particulièrement heureux d'avoir l'opportunité de m'exprimer sur un sujet qui, pour une fois, offre une vraie matière à réflexion. Les colloques auxquels nous assistons généralement portent en effet bien souvent sur les mêmes thèmes et restent finalement assez loin des problématiques auxquelles les entreprises font réellement face.

Comme vous l'avez indiqué Monsieur le Président, les liens de causalité n'ont été que très peu traités. Aussi, aujourd'hui nous avons tout à inventer. Je développerai au cours de mon intervention, quelques axes de réflexion puisés dans le droit commun, tout en prenant appui sur l'expérience que j'ai acquise au Tribunal.

Un enjeu majeur à mon sens concerne la charge de la preuve, dont l'article 1315 du Code civil indique qu'elle incombe à la partie qui allègue une créance indemnitaires. La partie demanderesse doit ainsi établir le lien de causalité qui unit le fait générateur de responsabilité qu'elle reproche à son adversaire et le préjudice subi. Ce schéma est appliqué en toutes les matières, à peu d'exceptions près.

La démonstration du lien de causalité entre la faute et le préjudice est ainsi centrale. Etrangement, cette notion ne fait l'objet d'aucune définition légale et son appréhension est particulièrement complexe.

La Cour de cassation se refuse à formuler les principes juridiques en la matière, mais elle exerce en permanence son contrôle sur la qualification du lien de causalité. Malgré un pragmatisme inévitable sur cette question de droit, on peut rendre compte des tendances de la jurisprudence en la matière en analysant deux points : les conditions d'existence du lien de causalité et l'établissement de sa preuve.

### *1) Les conditions d'existence du lien de causalité*

En droit, la cause est un antécédent nécessaire du dommage. Le lien de causalité est donc un rapport de nécessité. Ainsi, dès qu'il apparaît que l'absence de l'élément considéré n'aurait empêché la survenance du dommage, le lien de causalité ne peut être constaté. Néanmoins, si le fait générateur a aggravé le dommage, le lien de causalité peut être admis.

Lorsque la relation causale demeure incertaine, la tendance est de rejeter l'action en responsabilité, faute de rapport de nécessité entre la prétendue cause et le dommage. Je prendrai l'exemple d'un cas de vol survenant alors que le système d'alarme protégeant le bâtiment est défectueux. Nous ne pouvons assurer que la présence d'un système performant aurait empêché le vol d'avoir lieu.

Nous ne distinguons généralement pas les causes immédiates du dommage de ses causes indirectes. De la même manière, nous ne privilégions pas les causes qui se manifestent à l'époque la plus proche du dommage. Dès lors que plusieurs fautes ont été conditions nécessaires du dommage, toutes en sont la cause, de la première à la dernière. Ainsi, un organisme de contrôle technique sera tenu responsable de ne pas révéler à son client les vices qu'il était chargé d'identifier.

Nous réparons par ailleurs les préjudices « en cascade » qui découlent du préjudice initial. Ainsi, un lien de causalité est admis entre le non-paiement de travaux par un maître d'ouvrage et les difficultés économiques que connaît un sous-traitant.

Si le rapport de nécessité est obligatoire, il n'est pas toujours une condition suffisante à l'établissement du lien de causalité. En effet, nous estimons que le fait générateur doit expliquer le dommage : le comportement anormal doit avoir eu un rôle actif dans la production du dommage. Lorsque plusieurs fautes, de gravités inégales, ont concouru au dommage, nous considérons que les fautes les plus légères sont absorbées par la faute la plus grave. J'illustrerai ce point avec l'exemple d'un accident de voiture impliquant une automobile volée par négligence de son propriétaire. Après avoir considéré un temps la responsabilité du propriétaire, la jurisprudence ne considère plus sa négligence comme étant la cause du dommage. La victime ne peut plus invoquer la faute du propriétaire pour réclamer réparation.

## 2) La preuve du lien de causalité

### ▪ La charge de la preuve

Les principes régissant la preuve du lien de causalité sont simples : la charge de la preuve pèse sur le demandeur en responsabilité. C'est à la victime qu'il appartient, en l'absence de présomption spéciale, d'établir la relation causale entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice subi.

Cette preuve doit être établie avec certitude, ce qui implique d'être convaincu que le fait générateur a été indispensable à la réalisation du dommage. L'objet de la preuve étant un fait juridique, tous les moyens de preuve sont admis.

La difficulté d'établir la certitude de la preuve conduit souvent le juge à ordonner des expertises pour l'éclairer. Dès lors que la conviction du juge est faite, le demandeur n'a plus d'autre preuve à fournir. Il arrive qu'une personne crée, par sa faute, une situation dangereuse, à la suite de laquelle un dommage survient. Il est souvent impossible de savoir avec certitude si la faute en question a été une condition nécessaire du dommage. La jurisprudence a tendance à admettre dans ces cas l'existence d'une relation causale, en se fondant sur les notions de probabilité et de prévisibilité objective. Ainsi, l'on considère que le préjudice constaté est la réalisation normale et prévisible du risque créé par la faute. Par exemple, un garagiste ayant commis une erreur qui a provoqué le mauvais fonctionnement du voyant d'huile d'une automobile a vu sa responsabilité retenue pour les problèmes mécaniques liés à l'insuffisance d'huile. Sa faute avait favorisé la survenance du dommage.

Pour tenir compte de l'incertitude, il arrive par ailleurs d'indemniser la perte d'une chance, celle de prendre une décision de nature à éviter le dommage. Le cas typique dans ce domaine est celui d'un organisme de crédit qui a omis d'informer un emprunteur du refus de l'assureur de garantir le prêt. L'organisme de crédit a été condamné à indemniser l'emprunteur pour la privation d'un élément important d'appréciation. Plus généralement, peuvent être condamnés à indemniser la perte d'une chance de leurs clients, l'intermédiaire financier qui a manqué à son devoir de conseil, le banquier qui n'a pas mis en garde sur les risques d'un crédit, ou encore le courtier en assurance qui n'a pas vérifié l'adéquation entre l'assurance souscrite et les besoins de son client.

L'absence de qualification juridique de ces situations peut poser de grandes difficultés aux experts, ce dont les juges sont bien conscients.

### ▪ Les théories du lien de causalité

L'absence de définition légale du lien de causalité a favorisé l'émergence de deux théories :

- la théorie de la causalité immédiate, qui retient comme causes du dommage les seuls faits qui en constituent la cause prépondérante ;
- la théorie de l'équivalence des conditions, qui adopte une approche plus large et plus souple, en préconisant de considérer toutes les causes du dommage pour fixer le champ des responsabilités.

Si aucune des deux théories ne triomphe nettement, on s'oriente, dans le champ du numérique, dans une voie qui favorise la théorie de l'équivalence des conditions. Cette préférence est perçue comme une faveur faite au demandeur. La Cour de cassation laisse néanmoins au juge du fond le soin d'apprécier souverainement le lien de causalité. Elle exerce bien entendu son contrôle *a posteriori*.

Dans la mesure où le lien de causalité, qu'il appartient à la victime de démontrer, est un fait juridique, sa preuve peut s'administrer librement. Elle peut résulter d'une mesure d'instruction, de vices qui constituent un faisceau d'indices graves et concordants, d'un témoignage, ou encore d'une expertise privée. Un arrêt du 28 septembre 2012 de la Cour de cassation indique néanmoins que le juge ne peut se baser exclusivement sur l'expertise demandée par l'une des parties. Le message de cette expression est double : avant comme après l'arrêt, un rapport d'expertise privé constitue toujours une pièce pertinente sur laquelle le juge du fond peut appuyer son analyse. Mais à lui seul, un tel rapport ne peut permettre de statuer. Il appartient en pratique au juge du fond d'identifier un certain nombre d'éléments qui confortent la démonstration contenue dans le rapport d'expertise.

### 3) Les spécificités de l'immatériel

Tous les éléments exposés s'appliquent au monde numérique. Néanmoins, les mesures d'instruction dans le domaine du numérique, fondées sur l'article 145 du Code de procédure civile, revêtent un intérêt particulier pour établir le lien de causalité. Le domaine de l'informatique présente la spécificité d'appliquer des méthodes de travail qui génèrent un volume important d'écrits : e-mails, procès verbaux de réunions, notes internes...

L'appréhension de ces écrits, dans le cadre de mesures d'instruction, peut fournir un éclairage décisif sur le lien de causalité entre l'action d'un prestataire informatique et un préjudice. J'ai eu l'occasion de constater dernièrement que l'appréhension de ces pièces et leur lecture approfondie peuvent favoriser un processus transactionnel entre les parties. Face à l'évidence apportée par les écrits, celles-ci comprennent qu'elles ont tout intérêt à s'accorder sur une solution négociée.

Je terminerai mon propos en vous faisant part de ma stupeur face à la naïveté et à l'imprudence dont font preuve les parties dans leurs communications électroniques. Les e-mails, très révélateurs de l'état d'esprit des individus, constituent bien souvent des indices essentiels pour établir la vérité dans une affaire.

Je vous remercie de votre attention.

#### Serge MIGAYRON

Merci Monsieur le Président. Je constate que nous partageons, en droit et en technique, le sentiment de l'importance du lien de causalité dans la démonstration du préjudice. Je constate que nous partageons aussi l'approche plus large et plus souple, de prise en considération de toutes les causes du dommage, que vous avez nommée « théorie de l'équivalence des conditions » pour apprécier le champ des responsabilités. Dans le domaine des technologies du monde numérique, les liens de causalité sont en effet très souvent multiples et l'analyse ne peut se limiter à l'étude d'un seul qui prévaudrait sur les autres.

Vous avez également évoqué la charge de la preuve. Ceci me permet d'introduire l'exposé de Maître Chatain, qui évoquera les obstacles que doit affronter le demandeur dans l'établissement de sa preuve et les méthodes qu'il met en œuvre pour y parvenir.

## L'entreprise face à l'exigence de la preuve dans le monde numérique

---

Antoine CHATAIN

*Avocat associé cabinet STASI, CHATAIN et associés*

Vous l'avez dit, Monsieur le Président, il est particulièrement difficile d'établir la preuve du lien de causalité. L'établir dans le domaine de l'immatériel l'est encore plus. La démonstration du lien de causalité implique une importante préparation, et ce d'autant plus qu'il existe très peu de littérature, d'articles, de jurisprudence sur ce sujet. J'ai d'ailleurs connu une certaine difficulté à préparer cette intervention, faute d'éléments de droit positif qui permettent d'approcher la notion, même à défaut de définition légale.

C'est pourquoi je propose de revenir sur les fondamentaux.

### 1) *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*

Le premier principe fondamental concerne la nature de la responsabilité, qui donne lieu à une appréciation différente du lien de causalité.

La responsabilité délictuelle fonde l'obligation de réparer un dommage en cas de faute. L'article 1382 du Code civil stipule ainsi que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Dans le domaine du numérique, relèvent de la responsabilité délictuelle la contrefaçon logicielle, la concurrence déloyale à travers le référencement abusif dans les moteurs de recherche pour générer du trafic sur les sites Internet, ou encore la diffusion de rumeurs sur les réseaux sociaux. Tous les préjudices qui en résultent sont indemnisables, donnant droit à une réparation intégrale et sans exclusion. L'appréciation du lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice s'appuie sur l'élément moral. La difficulté concerne davantage l'établissement de la preuve du préjudice, sauf lorsque l'on observe une perte d'exploitation objective.

La responsabilité contractuelle, dont le régime est prévu à l'article 1147 du Code civil, est quant à elle engagée en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution totale ou partielle d'une obligation née d'un contrat. Elle conduit en principe à une réparation intégrale, sous réserve de tenir compte des dispositions figurant dans le contrat : exclusions, limitations, plafonds, voire même exclusion totale du lien de causalité en cas d'indemnisation forfaitaire.

J'axe mon propos sur la responsabilité contractuelle.

### 2) *La réparation de l'entier préjudice*

L'objectif de la réparation est de replacer le demandeur dans la situation qui serait la sienne si le dommage ne lui avait pas été causé. Si le droit à la réparation est acquis dès la réalisation du dommage, le préjudice est évalué à la date à laquelle statue le juge.

Vous l'avez dit, Monsieur le Président, on ne dispose pas de définition légale du lien de causalité. J'apprécie l'approche de Monsieur Demorgue, pour qui le lien de causalité était « *d'avantage une question de bon sens que de sens* ». Il l'appréhendait par des exemples concrets, sans chercher à en dégager une définition globale. La démarche que nous adopterons tout à l'heure, à travers l'étude d'un cas pratique, s'inscrit d'ailleurs tout à fait dans ce type de raisonnement.

### 3) *La preuve du lien de causalité*

Le lien de causalité est un fait juridique, apprécié *in concreto* par le juge. Il appartient à la partie demanderesse d'en apporter la preuve, par tout moyen.

Pour la Cour de cassation, l'appréciation des éléments de preuve relève du pouvoir souverain des juges du fond. Elle exerce néanmoins un contrôle, en procédant à une analyse de la dénaturation des faits qui lui sont soumis par le juge du fond, notamment au travers du rapport d'expertise judiciaire. En particulier, elle contrôlera la qualification du lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice.

Deux types de préjudices peuvent être distingués.

- Le préjudice matériel d'une part, est relativement simple à évaluer. Il concerne la destruction d'un objet, la valeur de l'objet déterminant de fait le montant du préjudice. Dans le cas de projets d'ERP, le montant du préjudice matériel est celui de la facturation. Des problématiques peuvent néanmoins être soulevées, notamment lorsque le manquement à une obligation entraîne une résiliation partielle du contrat et qu'une partie du travail réalisé peut être réutilisée pour poursuivre le projet avec un autre prestataire, ou valorisée en interne. L'expert devra alors identifier les éléments réutilisables pour établir la réalité du préjudice subi.
- Le préjudice immatériel d'autre part, est plus compliqué à évaluer, en raison de sa dématérialisation et de son ampleur économique inattendue. Il peut s'agir d'une privation de jouissance d'un droit, d'une interruption d'un service rendu, d'une perte de bénéfice espéré ou attendu, d'une perte d'un client, d'une perte d'image, ou encore d'un préjudice moral, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2012.

#### *4) La difficulté d'établir un dossier de préjudice*

Outre l'évaluation du préjudice, l'expert devra analyser le lien de causalité qui le relie aux différents griefs, ceux-ci pouvant être multiples, tout spécialement dans le domaine de numérique. Dans certains dossiers, il peut même arriver que nous soyons en mesure de rattacher un préjudice spécifique à chaque grief invoqué.

La difficulté d'établir un dossier de préjudice est d'autant plus grande que l'on s'adresse à une PME, dont le commissaire aux comptes n'a ni la qualité, ni la compétence pour établir le préjudice subi par la société dont il est chargé du contrôle. S'agissant des grands groupes, même s'ils disposent de services financiers compétents, de services de contrôle de gestion performants et d'un service d'audit efficace, bien souvent, ils n'ont pas la compétence pour établir la réalité d'un préjudice. Le montage du dossier de préjudice nécessitera de réaliser des extractions dans les systèmes informatiques des entreprises pour obtenir les informations financières idoines : ces requêtes, souvent complexes, nécessitent une véritable connaissance de ce type de dossier. Le rapport d'expertise privé, s'il ne peut tenir lieu de preuve, est donc bien nécessaire en amont.

Je rejoins les propos de Monsieur Lelièvre concernant les dangers de la communication électronique : bien souvent, les échanges d'e-mails entre prestataires et clients seront décisifs dans l'établissement du dossier de préjudice, ce qui est très rarement anticipé par leurs rédacteurs, qu'il s'agisse de la victime ou du responsable présumé.

#### *5) Quelques exemples pratiques*

Je souhaite vous faire part de quelques exemples d'intérêt sur la question du lien de causalité.

A l'occasion d'une récente conférence, le Directeur de la société de luxe Hermès a présenté une affaire concernant un sac à main produit par l'entreprise. D'une valeur de plusieurs milliers d'euros, son acquisition peut faire l'objet de plusieurs années d'attente. Hermès a été victime, à de nombreuses reprises, de contrefaçons. Si le préjudice apparaît évident, il demeure très compliqué de le chiffrer : le sac ne fait l'objet d'aucune publicité, la marge réalisée par l'entreprise reste considérable et celle-ci ne peut invoquer aucune perte

de clientèle. Comment dès lors établir le préjudice en lien de causalité avec le fait dommageable que représente la contrefaçon ? La réponse apportée en l'espèce traduit bien la complexité d'une telle situation : pour établir la répercussion financière de la perte d'image, l'entreprise a estimé le préjudice subi, du fait de la contrefaçon, par les personnalités identifiées avec ce sac à main dans les magazines.

Le cas des ERP médicaux illustre également la difficulté d'établir un préjudice. Une défaillance de l'ERP dans le domaine médical, même si elle est totale, ne générera pas de perte de clientèle. Dans le pire des cas, le traitement des feuilles de soins sera réalisé à la main et le retard de paiement que le médecin pourrait subir sera absorbé par le délai de deux ans dont dispose la Sécurité sociale pour lui reverser les fonds. Le préjudice est ainsi très faible, voire inexistant. Cette même défaillance qui interviendrait dans une société de ventes par Internet ou dans un magasin de distribution, générerait à l'inverse un préjudice considérable. Un même dommage peut ainsi être à l'origine de préjudices très différents, suivant l'activité de la société qui en est la victime. Le rôle de l'avocat est d'appréhender ces différences de situations le plus en amont possible pour constituer un dossier de préjudice solide.

### **Serge MIGAYRON**

Merci Maître Chatain. Comme vous, j'observe la dangerosité des communications par e-mails. On y écrit souvent comme on parle, sans structuration ni recul suffisants. Dans l'un des dossiers sur lesquels je suis intervenu, le prestataire a transmis par inadvertance à l'expert judiciaire, moi-même, un échange entre deux de ses techniciens qui faisait explicitement état de défaillances connues du logiciel qu'ils s'apprêtaient à livrer à leur client. Un véritable travail d'éducation est à réaliser en matière de bon usage de ces modes de communication.

Vous avez montré que l'exigence de la démonstration qui pèse sur le demandeur est forte : le caractère certain du lien causalité est la condition nécessaire à l'établissement du préjudice. Or dans la pratique, il incombe parfois aux experts d'apprécier des situations où le caractère certain n'est pas exactement établi. Généralement, le doute ne bénéficie pas au demandeur. On peut y voir un déséquilibre des forces entre le demandeur au préjudice et le défenseur. La contestation d'un préjudice demande moins d'efforts que sa construction.

J'apporterai un commentaire sur un cas qui mérite réflexion. Il m'est inspiré par la référence faite à un dossier dans lequel les demandes de préjudices avaient préparées grief par grief, établissant, précisément pour chacun d'eux, le lien de causalité correspondant. Il s'agit là d'un travail de démonstration très rigoureux, que l'on ne peut que saluer. Mais à l'inverse, nous rencontrons souvent des dossiers de préjudices bien moins rigoureusement préparés, dans lesquels la partie demanderesse associe parfois son préjudice allégué avec une situation globale de difficultés techniques, sans identification de faits générateurs élémentaires. L'expert est alors confronté à un choix de raison et doit faire preuve à la fois d'exigence et de discernement.

### **Yves LELIEVRE**

Dans les rapports d'expertise qui me sont remis, je suis souvent surpris par la faiblesse de l'argumentation concernant l'établissement du préjudice et donc la demande d'indemnités qui en résulte, tandis que l'exposé des faits et l'analyse de la faute sont extrêmement détaillés. J'insiste sur le fait que le juge ne peut accorder un dédommagement que si son montant est justifié.

### **Serge MIGAYRON**

Je passe maintenant la parole à Monsieur Lipski, qui va nous expliquer quels sont les raisonnements de l'expert et nous dire ce qu'il attend des parties pour pouvoir émettre un avis sur la réalité du lien de causalité.

## Le lien de causalité sur le chemin critique de la démonstration

---

Stéphane LIPSKI

*Expert, Président d'honneur de la CNEJITA*

Avant de débiter mon exposé, je reviendrai à mon tour sur les échanges d'e-mails. Vous évoquiez le danger qu'ils représentent pour les parties, j'y vois de mon côté un intérêt considérable pour l'expert, en ce qu'ils permettent d'apprécier la réalité des faits.

Je reviens à présent sur le sujet de mon intervention. Comme l'a indiqué Maître Chatain, le propre de la responsabilité civile est de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Ceci est extrêmement difficile à appliquer, et nécessite expertise et expérience.

Cette définition implique une différence d'états. Il revient à l'expert d'apprécier l'écart entre une situation constatée et celle qui découlerait du déroulement normal du projet en question.

L'appréciation de cet écart sera différente, selon :

- la nature de l'objet du préjudice :
  - le préjudice peut porter sur un actif qui ne génère pas de revenus, par exemple dans le cas de la défaillance d'un système informatique interne ;
  - le préjudice peut porter sur bien qui génère des revenus, par exemple dans le cas de la défaillance d'un site Internet de vente en ligne ;
- la temporalité des pertes constatées :
  - le préjudice peut se matérialiser par des frais engagés dans le passé à pure perte ou des pertes de revenus observées ;
  - le préjudice peut se matérialiser par des frais anticipés (par exemple, pour la mobilisation de personnel pour réparer un système informatique) ou par la non-perception de revenus dans le futur.

La non-perception de revenus futurs m'amène à évoquer la notion de perte de chance, caractérisée par la nature certaine des dommages, mais par une probabilité incertaine de survenance d'un événement favorable en l'absence de fait dommageable. La Cour de cassation tend actuellement à admettre la perte de chance même en cas de faible probabilité. L'appréciation du préjudice est d'autant plus difficile qu'il existe une multitude de cas différents, dont les plus complexes impliquent des dommages immatériels. L'approche classique concernant la perte de chance consiste à étudier plusieurs scénarios. Ainsi, dans le cas du dysfonctionnement d'un système informatique, l'entreprise victime peut premièrement, tenter de résoudre le problème et diminuer son propre préjudice ; deuxièmement, revenir au système antérieur et supporter la perte financière qui en résulte ; troisièmement, poursuivre l'utilisation du système défectueux. Le rôle de l'expert est de fournir au juge les éléments qui lui permettront d'apprécier au mieux la situation, sans pour autant lui proposer un nombre trop important de scénarios.

La notion de perte de chance peut également renvoyer à des situations de totale dé-corrélation entre le montant associé au fait dommageable et le préjudice demandé. Je citerai l'exemple d'un site Internet, dont l'élaboration est peu coûteuse, mais qui génère des gains potentiels très importants. En l'état, il ne nous appartient pas de corréler le coût d'élaboration du site avec le préjudice subi en cas de défaillance. La principale difficulté sera d'apprécier la probabilité de succès.

Il est par ailleurs important de tenir compte de l'environnement macroéconomique des parties concernées. J'illustre ce point par l'exemple d'une entreprise, qui déposant le bilan à la suite du dysfonctionnement de son système informatique, demande réparation pour le préjudice subi. Si cette entreprise opère dans un secteur d'activité sinistré, il faut s'interroger sur le poids du lien de causalité qu'elle invoque par rapport à l'effet qu'a eu le contexte économique sur les difficultés qu'elle connaît.

J'attire à présent votre attention sur une erreur classique que commettent les avocats, qui concerne les chaînes de préjudices et le double emploi. Il s'agit de cas dans lesquels la demande d'indemnités porte à la fois sur le montant engagé pour la mise en place du système informatique et sur la perte de chance qui résulte de sa défaillance. La partie demanderesse ne peut bien évidemment pas réclamer d'indemnités réparatrices pour les montants associés au fait générateur du préjudice et dans le même temps pour le manque à gagner qui résulte de celui-ci.

J'insiste enfin sur l'importance de resituer l'entreprise dans une situation économique neutre. Cela implique d'analyser la situation économique et de prendre en compte tous les éléments de perte économique. Dans l'exemple du cas d'Hermès cité par Maître Chatain, la contrefaçon entraîne à terme une perte de valeur de l'objet. Le préjudice économique est donc bien certain. En revanche, il est difficile à quantifier. Cette difficulté d'appréciation s'applique également au domaine de l'expertise informatique.

Voici les éléments que je souhaitais partager avec vous, nous aurons l'occasion d'y revenir lors de l'étude du cas pratique.

### **Antoine CHATAIN**

La difficulté d'appréciation que vous évoquez à juste titre souligne l'importance de disposer d'éléments tangibles. Le rôle du conseiller consistera à inciter les entreprises à se donner les moyens matériels et techniques de disposer de ces éléments. Un exemple simple est celui des feuilles de temps (*timesheets*) renseignées par les salariés, qui permettent de retracer *a posteriori* le temps passé qui peut donner lieu à réparation. Ce type de document est particulièrement utile, notamment lorsque le départ de salariés entraîne une perte de la connaissance du dossier.

### **Serge MIGAYRON**

Votre remarque me rappelle un colloque que la CNEJITA avait projeté récemment d'organiser et qui s'intitulait « *Entreprises, préparez vos preuves* ». Bien souvent en effet, dans les expertises, nous constatons que les parties viennent insuffisamment préparées à la démonstration de leurs réclamations. Souvent, les justificatifs des demandes d'indemnités présentés sont insuffisants.

### **Yves LELIEVRE**

Je retiendrai des trois interventions de cette première partie de colloque l'importance de la préparation en amont du dossier de préjudice, afin d'établir la preuve du lien de causalité. J'insiste par ailleurs sur la nécessité que les avocats soient eux-mêmes convaincus de la réalité des liens de causalité qu'ils invoquent pour en convaincre les juges. Ceux-ci demandent des faits qui soient justifiés : nous ne jugeons pas en équité, mais en droit, d'où l'importance de la recherche de la preuve.

## Liens de causalité et préjudices numériques : cas pratique et table ronde

---

Serge MIGAYRON  
*Président de la CNEJITA*

Jean-Pierre LUCQUIN  
*Président de chambre honoraire au Tribunal de Commerce de Paris*

Bénédicte LIJOUR  
*Directeur juridique CAPGEMINI France*

Philippe GLASER  
*Avocat associé cabinet TAYLOR & WESSING*

Stéphane LIPSKI  
*Expert, Président d'honneur de la CNEJITA*

### I) Exposé d'un cas pratique

*Stéphane LIPSKI, Expert, Président d'honneur de la CNEJITA*

Je vais présenter rapidement le cas pratique, inspiré d'un cas réel, sur lequel nous aurons l'occasion de débattre au cours de la table ronde.

#### 1) *Les faits*

La société « C » (le client), engage un projet de rénovation de son système informatique. Pour cela, elle établit, en juillet 2008, avec l'aide d'un conseil externe, un cahier des charges de ses besoins.

Après appel d'offres, son choix se porte sur un prestataire informatique, la société « P ». Le contrat, signé en avril 2009, prévoit un planning de réalisation. Au cours de l'expertise, il apparaît que les deux sociétés divergent sur le caractère impératif ou prévisionnel de ce planning.

Les ateliers de conception de l'application, qui réunissent les deux sociétés, démarrent en mai 2009. A l'occasion d'un comité de pilotage tenu en juillet 2009, des divergences apparaissent sur la lecture du cahier des charges et il est convenu de s'en écarter si nécessaire.

Lors d'un comité de pilotage tenu en septembre 2009, la société P annonce un dépassement prévisionnel de charges, résultant selon elle des demandes nouvelles présentées par la société C.

Le dossier de conception est livré par la société P en octobre 2009 dans une version « v1 ». Un bon d'acceptation de ce dossier est signé par la société C, mais est accompagné de nombreuses réserves, dont certaines touchent à la compréhension du document.

Des réunions de travail sont organisées dans le but d'identifier les causes du dépassement de charges annoncé. La société P adresse à son client un document « d'analyse des écarts », identifiant, poste par poste, les surcroûts de charges associés aux demandes de la société C, soit 3000 jours de développement contre 1000 jours prévus initialement.

Dans ce document, la société P impute ces charges à la société C, au motif qu'il s'agirait de demandes qui n'étaient pas prévues dans le cahier des charges. La société C conteste aussitôt ce document et considère pour sa part que les demandes recensées, pour la plupart, ne sont pas nouvelles et étaient bien décrites dans le cahier des charges.

Les sociétés ne pouvant s'accorder sur ces demandes, le projet se poursuit sans prise en compte immédiate de celles-ci, le prestataire indiquant qu'elles pourront être réalisées dans une phase ultérieure du projet.

En janvier 2010, l'application est livrée à la société C qui effectue ses tests. Lors d'un comité de pilotage tenu en mars 2010, un procès-verbal de recette est signé par la société C accompagné de réserves correspondant aux différents points de l'analyse des écarts, demeurés en suspens. Il est décidé que le démarrage de l'application n'interviendra qu'en avril 2010.

Le démarrage intervient à la date prévue, mais très vite des problèmes sont rencontrés par les utilisateurs, pour une part reliés aux points demeurés en suspens de l'analyse des écarts.

Les deux sociétés ne ménagent pas leurs efforts pour tenter de trouver une solution aux problèmes rencontrés, mais devant les difficultés, la société C finit par décider de revenir en mai 2010 à son système antérieur, contre l'avis de la société P qui estime pour sa part que les difficultés sont en voie de résolution rapide, sous réserve d'un accord sur le partage du dépassement financier.

La société C, considérant que sa confiance est rompue et jugeant le dépassement excessif et insuffisamment circonscrit, adresse à la société P un courrier prononçant la résolution du contrat. Elle annonce par ailleurs qu'elle adressera prochainement à la société P une demande de dédommagement de son préjudice.

La société C engage alors la recherche d'un nouveau prestataire pour réaliser son projet.

## 2) Les préjudices allégués

Le dossier de réclamation de la société C est relativement classique. Celle-ci demande à être dédommée de l'ensemble des coûts qu'elle estime avoir inutilement supportés. Le dossier est composé des postes suivants :

- Poste 1. Coûts externes hors société P : Ceux-ci comprennent notamment les coûts relatifs au recours à un conseil pour l'élaboration du cahier des charges.
- Poste 2. Coûts externes société P : ils correspondent aux honoraires versés au prestataire.
- Poste 3. Coûts internes : il s'agit essentiellement des coûts liés au personnel de la société C mobilisé dans le cadre du projet et de la recherche de solutions.
- Poste 4. Gains manqués : ils correspondent aux gains de productivité que la société C espérait réaliser grâce au projet, qui figurent dans le *business plan* réalisé en amont de celui-ci.

Ce dossier de réclamation soulève plusieurs difficultés, qui relèvent notamment :

- de l'identification des éléments acquis, éventuellement réutilisables dans le cadre de la poursuite du projet avec un nouveau prestataire ;
- des coûts internes, essentiellement liés au personnel, alors que celui-ci aurait été rémunéré même en l'absence du projet ;
- de la prise en compte des gains de performance qu'aurait apporté le projet s'il n'avait pas échoué.

Par ailleurs, on remarquera que la société C demande un remboursement des sommes versées à son prestataire, mais également un dédommagement pour les gains manqués. N'y a-t-il pas là un cas de double emploi ?

## II) Table ronde : Quelle approche méthodologique du lien de causalité ?

### 1) *Remarques préliminaires soulevées par le cas pratique*

#### **Serge MIGAYRON**

Nous retrouvons dans ce cas pratique les principales problématiques soulevées lors des interventions précédentes. Bien qu'il s'agisse d'un cas théorique, il est inspiré de cas réels, principalement un, et a été simplifié pour des raisons didactiques.

Je proposerai dans un premier temps à nos intervenants de nous faire part des réflexions générales que leur inspire ce cas. Dans un second temps, un ensemble de questions leur seront posées autour desquelles s'organisera la discussion. Je passerai la parole, dans l'ordre à Monsieur Jean-Pierre Lucquin, Madame Lijour puis Maître Glaser.

#### **Jean-Pierre LUCQUIN**

Je rappelle en premier lieu le caractère judiciaire de la recherche du préjudice et de son dédommagement. Le traitement de ce cas nécessite avant tout de se reporter aux stipulations contractuelles signées par les deux parties : le contrat et le cahier des charges. En l'absence de toute stipulation contractuelle relative au dépassement des charges, le juge pourra soit statuer sur la base des seuls moyens allégués par les parties, soit solliciter un expert pour traiter des points sur lesquels il estime avoir besoin d'être éclairé.

S'agissant de la résolution exercée par la société C et le retour à l'utilisation du système antérieur, le juge devra se référer aux stipulations contractuelles existantes sur ce sujet. A défaut, il se prononcera au vu des éléments avancés par les parties. Je rappelle que pour être valable et acceptée dès lors que l'exécution du contrat a démarré, la résolution prononcée par une partie doit être formellement prévue, faute de quoi, seule la résiliation peut être prononcée.

Supposons que le juge ait recours à une mesure d'instruction, par application des articles 256 et 263 du Code de procédure civile, celle-ci aura pour objectif de mettre en lumière les causes techniques et la réalité dommages invoqués d'une part, et l'imputabilité des préjudices subis d'autre part. Comme souvent dans ce type d'affaires, l'expert identifiera probablement une pluralité de dysfonctionnements, ce qui pose la question du préjudice à retenir.

Avant de poursuivre mon propos, je rappelle que le caractère certain du dommage doit être établi et que les dommages punitifs ne sont pas admis en droit français. Seuls les dommages justifiés le sont. Les dommages dissuasifs peuvent quant à eux l'être dans certains cas très particuliers. Les préjudices futurs ne sont qu'exceptionnellement réparables. L'existence du lien de causalité entre les faits litigieux et le préjudice est la condition nécessaire à l'octroi d'un dédommagement.

S'agissant des types de dommages susceptibles d'être réparés, il est opportun de distinguer :

- les dommages entraînant des préjudices « directs », tels que l'atteinte au droit, les pertes effectivement subies, les gains manqués, la perte de chance, les coûts sociaux justifiés ;
- les dommages entraînant des préjudices « indirects », tels que les pertes immatérielles, la perte d'image et le préjudice moral.

Ces divers préjudices seront appréciés souverainement par le juge en fonction des éléments dont il dispose, qu'ils découlent d'une expertise ou qu'ils soient transmis par les parties. L'octroi de dommages et intérêts devra respecter le principe de la proportionnalité entre les dommages et les préjudices subis.

Je soulignerai enfin qu'outre les dommages et intérêts, il existe un éventail de mesures permettant de réparer les préjudices : mesures conservatoires et interdictions, remise en état et publications. Dans le cas de la société Hermès évoqué plus tôt, il est probable que l'entreprise soit davantage intéressée par une interdiction de commercialisation des objets contrefaits que par l'octroi d'une réparation financière.

### **Bénédicte LIJOUR**

Je souhaite partager avec vous le point de vue du prestataire, en rappelant quelques notions qui me semblent importantes dans l'analyse du préjudice.

En premier lieu, dans le domaine informatique, les prestataires exécutent les projets en étroite collaboration avec les sociétés clientes. Les enjeux sont partagés et les deux sociétés sont parties prenantes du projet.

Par ailleurs, je souligne comme l'a fait Maître Chatain, l'importance d'être rigoureux et de tracer les informations. Ceci s'applique au prestataire, mais aussi au client, lors de la rédaction du cahier des charges.

En matière informatique, les négociations de contrats et les longues discussions entre juristes sur les clauses de responsabilité sont souvent pointées du doigt pour leur effet sur le ralentissement du projet. On voit ici toute l'importance de telles discussions.

Enfin, si le prestataire doit assumer ses obligations telles que stipulées dans le contrat, il ne doit pas être considéré comme « l'assureur » de son client en cas d'échec du projet. Dans l'évaluation du préjudice et en particulier des gains manqués, il faut rester raisonnable et ne pas attendre que le prestataire prenne en charge ce que le client n'a pas réussi à réaliser en dehors même de son système informatique.

### **Philippe GLASER**

A mon sens, ce cas pratique traite d'un autre sujet, celui de la gestion du projet. En nous intéressant aux conditions dans lesquelles le projet a été conçu, nous pouvons nous étonner d'un certain manque de prudence de la part du client qui accepte que son cahier des charges soit modifié en cours d'exécution du projet. Dans ce cadre, la situation caractérisée de dépassement du calendrier et du budget ne me semble pas surprenante.

Dans mon activité professionnelle, j'interviens le plus souvent au côté du prestataire. Je souhaite insister à mon tour sur l'importance de bien préparer un dossier de préjudice. Deux questions me semblent centrales, tant pour le client que pour le prestataire : d'une part, le choix du moment de la rupture du contrat, et d'autre part la manière de limiter les conséquences de cette rupture de contrat.

- *Le moment de la rupture du contrat*

- Le choix du moment*

La question du choix du moment adéquat pour résilier un contrat appelle deux commentaires.

En premier lieu, il convient d'avoir à l'esprit qu'au moment de la rupture de contrat, ni le prestataire, ni le client ne sont généralement à même d'évaluer le préjudice pour lequel la responsabilité du prestataire est engagée. Le client qui décide de mettre un terme à sa collaboration avec son prestataire doit dès lors être prudent : il ne connaît ni la réalité du préjudice, ni le coût de la refonte du système informatique par un tiers. Bien entendu, quel que soit le montant des frais engagés par le client, le préjudice en lien direct avec le fait dommageable peut être exceptionnel.

En second lieu, j'indiquerai que si une rupture intervenant très tôt présente le risque que les juges du fond ne la considèrent comme intempestive, une rupture tardive, intervenant après réception de livrables, est dangereuse pour le client, qui risque de voir sa demande rejetée.

### *La nécessité du respect des conventions*

La partie qui décide de mettre un terme au contrat qui la lie à son partenaire doit être prudente dans le respect des conventions. Plusieurs clauses potentielles sont à considérer.

- La clause de sortie anticipée, en vertu de laquelle le prestataire ou le client se sont donné la possibilité de sortir du projet, même en l'absence de faute particulière. Nous pouvons citer l'exemple du lotissement de projets.
- La clause d'escalade, qui définit une procédure à suivre en cas de difficulté, notamment la saisine des organes de supervision et de concertation du projet (comité de pilotage, comité de direction) ;
- La clause de résiliation de plein droit, qui s'exerce en cas de manquement à une obligation contractuelle par l'une des parties, sans l'intervention du juge. Elle doit être explicite et non équivoque. La résiliation sera soumise au contrôle du juge en cas de désaccord entre les parties.

En matière d'opérations complexes, la partie à l'origine de la rupture devra par ailleurs tenir compte des contrats associés à la prestation. Il peut s'agir d'une ouverture de crédit dont peut bénéficier le client à la livraison de l'application, ou encore d'un crédit bail en cas de livraison de matériel. Si un contrat de location est attaché au contrat que le client souhaite résoudre, il se peut que ce dernier ne récupère pas les loyers versés, voire qu'il soit tenu de verser les loyers à échoir. Il devra donc prévoir ces frais au titre des indemnités qu'il demande.

### *Le choix de la rupture du contrat*

La rupture d'un contrat à durée indéterminée (CDI) peut intervenir à tout moment, dans le respect des usages et du préavis prévu. Il n'est pas nécessaire de la motiver.

S'agissant du contrat à durée déterminée (CDD), depuis 1998, la jurisprudence autorise une partie à résilier un contrat lorsque la faute est jugée d'une gravité suffisante. Il s'agit d'un choix laissé par le juge au créancier de décider lui-même de cette résiliation, ce qui implique encore une fois de déterminer le moment le plus judicieux pour l'opérer.

La rupture d'un CDD nécessite notamment :

- une mise en garde préalable du prestataire ;
- de conserver un comportement loyal, c'est-à-dire dans le respect de l'obligation d'information et de collaboration ;
- d'éviter l'acceptation d'une situation qui peut amener à une novation et une remise en cause des avantages.

Le choix de la rupture est aux risques et périls du créancier de l'obligation. L'alternative à la résolution ou à la résiliation est l'exception d'inexécution, qui fait disparaître le risque de se voir reprocher une rupture intempestive.

#### ▪ *La limitation des conséquences de la rupture de contrat*

La clause pénale fixe, dès l'origine, le montant des dommages et intérêts en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de l'obligation.

La clause limitative de responsabilité permet quant à elle de limiter la responsabilité engagée ou les conséquences de cette responsabilité. Cette clause est réputée abusive en cas de dol ou de faute lourde. La Cour de cassation a jugé que dès lors qu'elle ne contredit pas « *la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* », c'est à dire dès lors que le contrat a été négocié de bonne foi et en toute équité, cette clause permet de limiter l'indemnisation revendiquée par la partie demanderesse.

### **Serge MIGAYRON**

Merci pour vos interventions respectives. Il est vrai que les décisions de mise en production d'une nouvelle solution d'une part, de son arrêt d'autre part, sont deux moments critiques dans la génération possible de préjudices.

J'ai à l'esprit un cas dans lequel la discussion a porté sur le périmètre des griefs qui justifiaient la décision d'arrêt du projet. Le client avait adressé un courrier recommandé au prestataire, en énumérant un certain nombre de griefs, sans exhaustivité. Il avait choisi de mettre en avant les anomalies les plus graves (« anomalies bloquantes ») rencontrées dans l'utilisation de son système.

Mais lors de l'expertise, il s'est avéré que le fait de limiter ce courrier aux seules anomalies bloquantes a eu un effet de déplacement du lien de causalité de la décision d'arrêt du projet sur un périmètre d'anomalies réduit, alors que la décision était en réalité fondée sur un ensemble de dysfonctionnements beaucoup plus important.

Il est temps désormais d'aborder les questions que soulève ce cas pratique.

## **2) Questions méthodologiques soulevées par le cas pratique**

### **Serge MIGAYRON**

Nous avons préparé un certain nombre de questions méthodologiques que pose l'analyse des postes de préjudice présentés par Stéphane Lipski. Je solliciterai l'avis de nos intervenants sur ces différentes questions.

La première série de questions porte sur les coûts externes supportés par la société C, hors honoraires versés au prestataire.

#### **Poste 1. Coûts externes hors société P**

*Question 1. Les coûts d'avant projet, c'est-à-dire engagés avant signature du contrat avec le prestataire P, peuvent-ils, par principe, être imputés à celui-ci ?*

*Question 2. Dans l'affirmative, qu'en est-il des coûts que la société P conteste au motif qu'ils ne s'imposaient pas ?*

Concernant ces coûts d'avant projet, je solliciterai d'abord l'avis de Stéphane Lipski qui, dans ses expertises, est régulièrement confronté à ce type de situation.

### **Stéphane LIPSKI**

La principale question est celle de l'utilité ou non de ces coûts d'avant projet. Autrement dit, les coûts engagés représentent-ils une perte pour le client ? La réponse dépend bien entendu du cas considéré.

Ici, dans la mesure où la société C a décidé de poursuivre le projet avec un autre prestataire, nous pouvons supposer qu'une partie des coûts d'avant projet pourra être réutilisée. La difficulté est de la quantifier précisément. Si nous nous situons dans un cas où l'ensemble des coûts d'avant projet étaient perdus, notamment si le client ne poursuivait pas le projet, il conviendrait de les retenir dans le cadre du préjudice.

### **Jean-Pierre LUCQUIN**

La situation doit s'apprécier au cas par cas. Il est évident que nous ne pouvons pas considérer au titre du préjudice des frais d'études qui peuvent resservir pour un autre projet. Il convient par ailleurs de vérifier que le programme d'étude avant projet est valide et pertinent. S'il s'inscrit dans un programme général de recherche et développement de l'entreprise cliente, il s'agira de déterminer la part de ce programme qui concerne réellement le projet en question.

Il ne s'agit pas de mettre à la charge du prestataire déchu les éléments qui resserviront au projet réalisé par le nouveau prestataire. Tous les projets sont risqués : le préjudice ne doit pas consister à couvrir le risque économique, industriel ou financier, inhérent à la vie de l'entreprise.

### **Bénédicte LIJOUR**

Je partage entièrement cet avis. Dès lors qu'elle s'engage dans un projet, l'entreprise prend un risque industriel qu'elle doit assumer. Le prestataire doit assumer quant à lui ses défaillances, si celles-ci sont justifiées.

Par ailleurs, même si le projet a échoué, il est possible que le client en ait tout de même tiré certains bénéfices, en termes de méthode ou d'informations.

Ces éléments montrent bien la nécessité d'analyser ces situations au cas par cas, en fonction du contexte.

### **Serge MIGAYRON**

Nous pouvons donc considérer que les coûts engagés antérieurement au projet, mais pour le projet et perdus en raison de son arrêt, peuvent être imputables au prestataire, mais à condition d'avoir perdu toute utilité ultérieure.

### **Jean-Pierre LUCQUIN**

Le client a pris un risque en décidant la résolution du contrat. Si le tribunal estime que la rupture du contrat est brutale, la demande de réparation n'est pas justifiée.

### **Philippe GLASER**

Il est nécessaire, pour l'expert, de revenir en amont, et de se demander si l'on peut reprocher au client d'avoir été fautif en rompant le contrat de manière anticipée.

### **Bénédicte LIJOUR**

Plutôt que d'évoquer un comportement fautif, je préfère la notion de « cause réelle et sérieuse ». L'expert devra évaluer si les éléments étaient suffisamment réels et sérieux pour motiver l'arrêt du projet ; et si cette décision a réellement permis la réduction d'un préjudice futur.

### **Serge MIGAYRON**

Merci pour ces avis. Je propose de passer à la deuxième série de questions.

#### ***Poste 2. Coûts externes société P***

*La société cliente rejette l'intégralité de ces coûts, au motif que le projet a été abandonné.*

*Question 3. C'est la société C qui a pris la décision de revenir à sa solution antérieure, contre l'avis de la société P. Dès lors, ces coûts doivent-ils être imputés à la société P ou à la société C, voire aux deux ?*

*Question 4. Certains des coûts correspondent à des dépenses susceptibles d'avoir une utilité dans le nouveau projet de la société C. Dès lors, ces coûts sont-ils des préjudices indemnisables ?*

J'invite en premier lieu Philippe Glaser à nous faire part de son avis sur ces interrogations.

### **Philippe GLASER**

Si l'on considère que le prestataire est à l'origine de la rupture, il est évident qu'il doit conserver ces coûts à sa charge.

En l'espèce, la décision de résolution du contrat est prise unilatéralement par le client. Nous supposons que le juge la ratifie. Si la société C avait uniquement décidé de revenir à la situation antérieure, elle ne saurait supporter ces coûts. Mais dans notre cas, elle prévoit de poursuivre le projet avec un autre prestataire. Le rôle du juge sera, après avis d'expert, d'évaluer la part des éléments fournis par la société P, réutilisable dans la suite du projet. Je précise qu'il est très rare de considérer qu'aucun élément ne peut être réutilisé.

### **Serge MIGAYRON**

Sur ce point, l'expert peut se trouver face à plusieurs situations. Si le coût est attaché à des fournitures matérielles bien identifiées, il lui sera relativement aisé de se prononcer. S'il s'agit de coûts immatériels (coûts d'études, d'analyses), l'expert sera plus sur un terrain appréciatif. Il lui appartient en effet d'émettre un avis le plus juste possible sur la part réutilisable en tant que livrable, mais également en tant que savoir faire acquis par le client.

### **Bénédicte LIJOUR**

Une notion économique d'importance n'est pas abordée dans notre cas pratique. Il s'agit de la notion de forfait, qui peut avoir un impact majeur sur les préjudices. Cette notion de forfait a notamment rendu possible la situation de dépassement de charges. Le prestataire, qui espérait réussir à exécuter le projet et n'a pas pris la décision de résilier le contrat, a engagé des coûts largement supérieurs à sa rémunération prévue au contrat.

### **Philippe GLASER**

Je souhaite apporter un complément sur les coûts que peut revendiquer la société cliente. Nous savons que la résolution entraîne la restitution intégrale et réciproque des éléments reçus. Si le prestataire doit restituer les sommes qu'il a perçues, le client doit quant à lui restituer les livrables. Dans la pratique, il convient, dès la demande judiciaire de résolution, d'obtenir un chiffrage exact de ce qui ne pourra pas être restitué au fournisseur, et qui pourra donner lieu à une indemnisation au profit du prestataire. Même si la résolution est prononcée au tort du prestataire, celui-ci peut obtenir une limitation de son préjudice.

### **Stéphane LIPSKI**

S'agissant des dépenses réutilisables, le principe est le suivant : si l'on ne recense que des dépenses réutilisables ou utiles à l'entreprise, il n'y a pas lieu d'indemniser. En revanche, si nous sommes en présence d'une perte que l'on peut démontrer, il convient de la prendre en compte.

Ceci est valable si l'on considère que la situation est imputable à la société P. Dans la pratique, les responsabilités sont généralement partagées.

### **Serge MIGAYRON**

Merci pour ces analyses. Nous abordons désormais la troisième série de questions.

#### ***Poste 3. Coûts internes***

*Il s'agit des coûts des personnels de la société C consacrés au projet et à la résolution des difficultés.*

*Question 5. Ces coûts ont été calculés à partir des salaires et charges des collaborateurs de la société C. Ces collaborateurs étaient présents dans la société avant le projet et restent présents après. Dès lors, ces coûts peuvent-ils être considérés comme des préjudices subis ?*

Sur ce point, je cèderai d'abord la parole à Stéphane Lipski.

### **Stéphane LIPSKI**

Il s'agit en effet d'une situation classique. Naturellement, les positions des parties sont toujours diamétralement différentes. Peut-on considérer que le temps consacré par les salariés de l'entreprise à la réparation d'un dommage représente un préjudice bien que la rémunération des salariés ne dépende pas de l'existence du dommage ? A ma connaissance, il n'y a pas de décision très claire en la matière.

L'analyse de la réalité économique me pousse à considérer qu'il s'agit bien d'un coût qui peut donner lieu à réparation. La difficulté est avant tout de quantifier et de justifier le temps consacré par chaque personne au projet.

### **Jean-Pierre LUCQUIN**

Il me semble évident que les coûts sociaux qui se rapportent directement au projet peuvent être pris en compte. Mais il convient d'être attentif aux dérives possibles. Encore une fois, les dommages et intérêts ne doivent pas servir à couvrir le risque. Il est toujours extrêmement difficile de déterminer le temps de travail réellement affecté au projet avorté ou à la réparation du dommage. Il arrive d'être face à des cas où le projet litigieux était destiné à occuper les salariés en période de faible charge de travail. Parfois même, la probabilité de succès du projet était dès l'origine très faible, voire nulle.

Je souhaite par ailleurs revenir sur la clause pénale dans les affaires de location financière. S'il incombe au locataire de supporter les impayés ainsi qu'une clause pénale, et qu'il doit en outre restituer le matériel, la victime cumule trois indemnités et a intérêt à prononcer la résolution le plus tard possible ! La stratégie s'avère très lucrative.

### **Philippe GLASER**

En effet, l'esprit des conventions appliquées en la matière tend à protéger le financier, qui délègue au locataire tous ses pouvoirs.

Je reviens à présent à la question des coûts internes. Je considère qu'en l'absence de recrutement particulier dédié au projet, le client victime ne peut prétendre à une indemnisation au motif que ses salariés ont été occupés au développement d'un projet qui a échoué. La raison est simple : selon le principe d'indemnisation, celle-ci doit être intégrale et ne doit pas générer de profit pour son bénéficiaire. Dans notre cas, l'entreprise tirerait un profit de l'indemnisation des salaires et des charges salariales, dans la mesure où ceux-ci auraient été versés même en l'absence de projet. Il n'y a pas de perte financière directe à proprement parler, donc pas de préjudice.

La situation est différente lorsqu'il s'agit, dans le cadre d'une expertise, de mobiliser les chefs de projet, directeurs de projet et techniciens pour participer à l'élaboration du dossier. Ce cas ne relevant pas de l'article 700 du Code de procédure civile, les coûts générés doivent donner lieu à une indemnisation, d'où l'importance de renseigner des feuilles de temps pour justifier les montants invoqués.

### **Serge MIGAYRON**

Quel est alors le mode de valorisation adéquat ?

### **Philippe GLASER**

Je suggère de retenir le taux journalier associé à chaque profil mobilisé.

### **Serge MIGAYRON**

Vous tenez compte ainsi de la perte de chiffre d'affaires (plus précisément de marge) subie par l'entreprise, un indicateur de mesure très différent du coût salarial.

### Bénédicte LIJOUR

Je partage l'avis de Philippe Glaser sur ce dernier point, dès lors que l'équipe dédiée à l'accompagnement de l'expertise n'est pas surdimensionnée.

Dans le cadre des coûts internes, deux aspects n'ont pas été évoqués :

- Le premier concerne les licences. Si le contrat de licence a été contracté directement par le client, et non par l'intermédiaire du prestataire, il y a un préjudice quantifiable et incontestable, les éditeurs ne remboursant généralement pas les licences.
- Le second concerne la logistique du projet, notamment la location de locaux.

### Serge MIGAYRON

Sur la problématique du coût salarial, je perçois un conflit entre, d'une part une association naturelle qui peut être faite entre du temps perdu consacré à un projet avorté et un préjudice subi résultant de ce temps perdu, et d'autre part un mode de valorisation de ce préjudice, au coût salarial, qui est critiquable. En effet, le coût salarial est fixe et n'a donc pas été généré par le fait dommageable. Le lien de causalité est inexistant. Et pourtant, l'entreprise a sans doute subi un préjudice.

Dans l'analyse de cette problématique, cette approche au coût salarial est très courante, mais d'autres méthodes existent, qui consistent par exemple à analyser les conséquences économiques directes des détournements de leur temps de travail par les salariés. Mais la démonstration est alors extrêmement difficile, ce qui explique la tendance fréquente à privilégier un mode d'indemnisation au coût salarial, que l'on pourrait presque qualifier de forfaitaire.

On peut d'ailleurs se demander, dans un tel cas, qui a subi le préjudice. N'est-ce pas plutôt le salarié que l'entreprise ? En effet, celui-ci a dû supporter un surcroît de travail tout en parvenant, le plus souvent, à exécuter néanmoins ses tâches habituelles. Mais il est vrai que les salariés ne sont généralement pas dans la cause !

### Philippe GLASER

Si l'on fait référence à l'ensemble du personnel, et non uniquement aux personnes mobilisées sur le projet, l'on peut considérer que le non-déploiement de l'outil a pénalisé la force commerciale de l'entreprise, et a résulté en une perte de chiffre d'affaires.

Les difficultés de méthode que soulève cette étude de cas soulignent bien l'intérêt du recours à une expertise, afin d'apporter au juge les éléments qui lui permettront de statuer.

### Serge MIGAYRON

Merci. J'en viendrai à présent à la question suivante, qui porte sur les gains et économies manqués.

#### **Poste 4. Gains et économies manqués**

*La société espérait réaliser des gains de productivité à compter de septembre 2010. Elle estime que du fait de l'échec du projet, ces gains ne pourront être réalisés, au plus tôt, qu'à compter de début 2012, soit un manque à gagner qu'elle calcule sur une période de 18 mois.*

*Question 6. Subsidiairement, la période de 18 mois est contestée par la société P qui considère qu'une période de 8 à 10 mois aurait dû suffire pour relancer le projet. La société P répond que le délai de 18 mois a été rendu nécessaire par la perte de confiance dans le projet de ses salariés qu'il a fallu remobiliser. Dans ce contexte, quelle période raisonnable de calcul du gain manqué appliquer ?*

J'invite Maître Glaser à nous indiquer les éléments de méthode qu'il préconise d'utiliser dans cette situation.

### **Philippe GLASER**

Sur cette question, tout dépend de la solution retenue par la victime : intérêt positif ou intérêt négatif. Si la société cliente décide de revenir à la situation antérieure (intérêt négatif), la perte de marge ne peut être invoquée au titre de réclamation.

En l'espèce, la société C procède à la résolution du contrat et décide de poursuivre le projet avec une société tierce. Elle peut, dans ce contexte, faire état d'une perte de revenu, qui peut donner droit à une indemnisation. Le juge arrêtera le montant de l'indemnisation en appréciant l'écart entre ce qui a été réalisé avec le système existant et ce qui aurait été attendu du nouveau système s'il avait abouti. Cette différence doit porter sur une période bien déterminée.

La société C indique qu'il lui fallait dix-huit mois, au regard de la démobilisation de ses équipes, pour retrouver avec le nouveau prestataire, un système informatique rénové, tel qu'elle l'entendait à l'origine. En tant que partie demanderesse, il lui incombe d'apporter la preuve de son préjudice et de justifier la période qu'elle revendique.

A mon sens, l'aggravation du préjudice qu'entraîne la démobilisation des salariés ne peut être reprochée au prestataire. Néanmoins, la Cour de cassation ne semble pas abonder dans ce sens, comme en témoigne un arrêt qu'elle a rendu, retenant un lien de causalité entre un accident ayant frappé un boulanger et la périlclitication de son fonds de commerce, et ce malgré l'attitude passive du commerçant qui n'a pas pris les mesures adéquates pour préserver son entreprise pendant sa période d'incapacité.

### **Bénédicte LIJOUR**

Si le client accepte que le calendrier du projet soit prolongé, il doit en accepter les conséquences et les risques associés. Il doit donc assumer, au titre de son risque industriel, le préjudice subi pendant cette période.

### **Serge MIGAYRON**

La société cliente supporterait en quelque sorte la charge, lourde, de démontrer qu'elle n'avait aucun moyen de réduire cette période de 18 mois qu'elle invoque.

Je propose maintenant de passer à la question suivante.

*Question 7. La société C demande à la fois le remboursement de toutes les sommes versées à la société P et le dédommagement de ses gains manqués. Ne s'agit-il pas de doubles demandes ?*

J'invite Bénédicte LIJOUR à nous faire part de son sentiment sur cette question.

### **Bénédicte LIJOUR**

Il s'agit évidemment d'une double peine, très lucrative pour la victime. En tant que prestataire, nous ne sommes jamais tout à fait favorables à la demande de remboursement. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, le travail réalisé pourra certainement être valorisé, du moins partiellement. Le prestataire, s'il est estimé responsable, ne peut pas se voir demander d'une part de rembourser la totalité des paiements perçus et d'autre part d'indemniser le préjudice.

### **Philippe GLASER**

Nous sommes d'accord sur ce point. J'attire également votre attention sur les méfaits d'une tendance observée dans les dossiers de préjudice, qui consiste à demander une longue liste de réparations, dont certaines sont incompatibles, en espérant que l'une d'entre elles soit retenue par le juge.

### Serge MIGAYRON

Nous en arrivons maintenant à la dernière question qui concerne les gains manqués.

*Question 8. Le gain de performance qu'escomptait la société C n'a pas été contractualisé avec la société P. Celle-ci a simplement eu connaissance d'un business plan daté de 2008, faisant état de gains espérés à l'issue du projet. Le gain de performance manqué allégué par la société C peut-il dès lors être imputé à la société P ?*

J'invite Bénédicte Lijour à nous exposer sa vision sur cette question très importante.

### Bénédicte LIJOUR

Cette question soulève la problématique de la qualification des dommages indirects. Je prendrai un exemple simple. Un prestataire est chargé de développer un système de réservation en ligne pour une entreprise de transport de voyageurs. Malheureusement, ce système est bloqué pendant plusieurs heures, quinze jours avant la période de vacances scolaires. Cette défaillance générera une perte de chiffre d'affaire bien supérieure à celle qui aurait été observée si le dysfonctionnement était intervenu à une autre période.

A mon sens, il n'incombe pas au prestataire d'indemniser la perte d'exploitation et le manque à gagner qui en résulte. Il s'agit du rôle de l'assureur de la société cliente. En effet, la société cliente a le devoir d'assurer son risque industriel.

Dans notre cas pratique, si la prise en compte du gain manqué, qui n'a pas été qualifié dans le contrat, est laissée au libre arbitre des magistrats, celui-ci n'est pas prévisible, ni quantifié.

### Philippe GLASER

Je rejoins l'avis de Bénédicte Lijour. Malheureusement, la jurisprudence est sévère à l'égard des prestataires sur la question de la prévisibilité. Je cite le cas surprenant, rencontré dans la jurisprudence, d'une société de taxis qui, appelée pour chercher un client à la descente du train, ne s'est pas présentée. La Cour de cassation a donné raison au demandeur, qui réclamait le remboursement du billet d'avion qu'il raté, ce dont il imputait la responsabilité à la société de taxis. La Cour de cassation a estimé que celle-ci aurait pu imaginer, au regard de l'horaire d'arrivée du train, que le client devait aussitôt prendre un avion.

Dans le cas pratique qui nous est soumis, on voit bien l'importance, lors de la phase de négociation, de préciser le contexte dans lequel le développement du système informatique intervient, ses objectifs et les raisons qui expliquent les échéances fixées dans le cahier des charges. Malheureusement, au vu de la jurisprudence actuelle, dans le cadre de la refonte d'un système informatique, la société cliente n'aura pas de grande difficulté à démontrer la prévisibilité des gains escomptés.

### Stéphane LIPSKI

Il est évident que l'objectif du nouveau système informatique est de réaliser des gains de productivité. Dans l'hypothèse où le dommage est imputable au prestataire, le travail de l'expert est d'obtenir du demandeur qu'il démontre le plus précisément possible qu'il est capable de quantifier le gain manqué, et d'approfondir cette démonstration de façon à permettre au magistrat d'apprécier la situation.

### Serge MIGAYRON

Deux questions sont en réalité soulevées :

- Le *business plan* préparé par l'entreprise cliente est-il opposable à son prestataire ?

- Comment pouvons-nous, experts, quantifier de façon fiable le gain de productivité manqué ? N'est-on pas à la limite de la preuve impossible ?

#### **Philippe GLASER**

Ce travail de quantification est effectivement difficile. Mais il doit être à la charge du demandeur et non de l'expert. Ce dernier exerce un contrôle, une vérification, mais ne se substitue pas à la partie demanderesse.

#### **Serge MIGAYRON**

Je suis parfaitement d'accord avec vous sur ce point. Il appartient d'analyser les éléments qui lui sont présentés, mais non de se substituer, d'une quelconque façon, au demandeur dans la démonstration de son préjudice.

#### **Jean-Pierre LUCQUIN**

Les dommages et intérêts ne seront dus que si le gain manqué est démontré et justifié de manière approfondie.

#### **Serge MIGAYRON**

Merci à chacun. Nous sommes arrivés au terme des questions soulevées par le cas pratique. J'observe que les avis des intervenants convergent sur la majorité des points de réflexion, mais divergent sur la question du mode de valorisation des coûts internes (salariaux) de l'entreprise cliente.

Il est maintenant temps d'ouvrir la discussion aux participants.

### **III) Echanges avec les participants**

#### **Yves LEON, Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence**

Je suis expert et informaticien. Je confirme qu'au cours de ma carrière, je n'ai jamais vu un projet respecter le budget initialement prévu. Or j'observe un décalage flagrant entre l'extrême rigueur exigée de la conduite de projets informatiques et la liberté laissée aux éditeurs de logiciels de diffuser des produits bogués, sans qu'ils en soient inquiétés.

#### **Serge MIGAYRON**

Il est tout à fait exact que les contrats d'édition de logiciels sont souvent extrêmement minimalistes en garanties apportées aux clients et protègent fortement les éditeurs.

#### **De la salle**

Sur ce point, je souhaite vous faire part de la loi irlandaise, qui interdit, pour les logiciels commercialisés en Irlande, de faire état de préjudices autres que les préjudices directs, par exemple, l'endommagement du disque dur d'un ordinateur. Un préjudice relatif à une éventuelle perte de chiffre d'affaires n'est pas admis.

#### **Serge MIGAYRON**

Concernant la rigueur exigée évoquée dans la conduite des projets informatiques, je tiens à préciser que les experts judiciaires ont l'habitude d'apporter des éléments de modération dans l'appréciation des dérives de budgets ou de délais. En bons connaisseurs de ces types de projets, ils savent qu'il est très fréquent que leur conduite s'écarte de ce qui était strictement prévu à l'origine.

**Philippe GLASER**

Concernant la rigueur que vous évoquez, je considère pour ma part que notre jurisprudence est rassurante, stable et équitable. Un écart raisonnable dans la conduite d'un projet ne donne pas lieu à une réparation extravagante.

Concernant les contrats de licence, je rejoins votre avis, dès lors qu'il s'agit du droit de la consommation. Concernant les relations entre professionnels, bien que les clauses limitatives autorisent le créancier à ne pas délivrer une obligation, il arrive que le juge soit saisi.

**Jean-Michel FEUVRE, Expert près la Cour d'Appel de Versailles**

Dans le cas pratique qui nous a été exposé, je suis surpris par le comportement de la société cliente. Le prestataire livre une version v1, pour laquelle le client manifeste des réserves. Le client, pouvant supposer que l'application ne fonctionne pas parfaitement, décide tout de même de la mettre en production. Pour moi, le client a fait preuve d'un comportement imprudent.

**Serge MIGAYRON**

Vous avez parfaitement raison, mais n'oublions pas que l'objet de ce cas pratique est de soulever des questions. Dans la réalité, les situations sont bien plus complexes.

**Jean-Pierre LUCQUIN**

Effectivement, la société cliente ne peut se plaindre du dysfonctionnement de l'application qu'elle a lancée.

**Serge MIGAYRON**

Le client qui prend la décision de mettre en production son produit sans avoir pris le temps suffisant de le tester prend un double risque, d'entreprise et juridique. Il ne s'est pas donné toutes les garanties pour vérifier préalablement le bon fonctionnement de son application.

**Jacqueline DERAY-ESQUIVIE, Expert près la Cour d'appel de Versailles**

Je souhaite revenir sur la phase d'avant projet. A mon sens, au cours de cette phase, le client doit définir un périmètre clair qui permettra d'assurer que le projet repose sur des bases solides. La responsabilité du maître d'ouvrage au cours de cette phase capitale est souvent sous-estimée, au détriment du maître d'œuvre.

**Serge MIGAYRON**

Certains coûts d'avant projet présentent une utilité pour l'entreprise, même en cas d'arrêt du projet, mais ce n'est pas le cas pour l'ensemble des coûts engagés. Ces coûts « non réutilisables » correspondent à un préjudice réel pour l'entreprise.

**Philippe GLASER**

Il est vrai que de nombreux projets échouent en raison de l'insuffisance du cahier des charges. La jurisprudence actuelle porte à la charge du prestataire un devoir de mise en garde : il lui revient, en tant que professionnel, de vérifier l'adéquation du cahier des charges avec l'activité et les spécificités de l'entreprise. Il peut se voir reprocher d'avoir suivi un cahier des charges inadapté en cas d'échec d'un projet.

**Stéphane LIPSKI**

J'observe que généralement, l'insuffisance de la phase d'avant projet conduit à l'échec du projet. Il est nécessaire d'analyser les responsabilités de chacun afin de ne pas dédommager une partie pour un dommage dont elle est à l'origine.

**Michel ENTAT, Expert près la Cour d'Appel de Paris**

Dans la mesure où un désaccord entre les parties sur les spécifications du cahier des charges conduit à l'aggravation du préjudice, et où, en l'occurrence, la société cliente accepte de poursuivre le projet jusqu'à la livraison d'une version v1, n'est-il pas normal de lui imputer une part de responsabilité dans les préjudices subis ?

**Fabien CLEUET, Expert près la Cour d'appel de Paris**

En l'espèce, l'on ne peut que constater une défaillance dans la conduite du projet. Un manque de clarté dans les spécifications du projet était établi, mais le client n'a pas réagi.

**Serge MIGAYRON**

L'attitude du client a ainsi contribué à une aggravation de son propre préjudice.

**Philippe GLASER**

Cette observation nous renvoie à la théorie de l'équivalence des conditions. Les acceptations tacites ou expresses du client qui entraînent une évolution du cahier des charges modifient le cadre juridique. La société cliente a participé à la réalisation du préjudice. Je n'estime pas en revanche qu'elle l'ait aggravé.

**Fabien CLEUET**

Nous pouvons également considérer que le prestataire, qui a constaté un différend, aurait dû procéder à une analyse d'écarts et proposer un recadrage du budget du projet, tenant compte du périmètre fonctionnel effectif à couvrir.

**Philippe GLASER**

S'agissant du dépassement des charges, le client a commis, à mon sens, une erreur en acceptant de s'écarter de son cahier des charges initial.

**De la salle**

Je constate que le cas pratique n'aborde pas la problématique du dommage immatériel, notamment la question de la perte d'image. Je suis par ailleurs étonné que n'ait pas été évoquée la notion de responsabilité du professionnel face à un client qui ne dispose pas des mêmes compétences dans le domaine en question.

**Bénédicte LIJOUR**

Sur ce dernier point, je souligne que les prestataires travaillent souvent pour des entreprises qui disposent de services informatiques compétents. J'insiste sur le fait qu'un projet informatique est un projet mené en collaboration avec le client, il ne s'agit pas de livrer un produit « clé en main ».

**Stéphane LIPSKI**

Sur le premier point que vous évoquez, il est vrai qu'il s'agit d'un cas simplifié : toutes les problématiques n'ont pas pu être abordées.

Concernant la relation professionnel/client, généralement, les prestataires ont affaire à des entreprises qui disposent d'équipes informatiques. Ce n'était pas le cas il y a vingt ans. Il peut arriver néanmoins, dans le cadre de projets menés pour des petites entreprises, que le client ne dispose pas de ces compétences. L'expert devra encore une fois, analyser les situations au cas par cas.

### **Sylvain STAUB, Avocat**

Nous avons largement évoqué le risque que doit assumer le client lorsqu'il engage un projet. Ne doit-on pas considérer de la même manière le risque que prend le prestataire et qu'il doit assumer, lorsqu'il se positionne sur un appel d'offres, acceptant d'entrer dans une logique de forfait, de s'engager sur les délais, parfois avec une obligation de résultat ?

### **Philippe GLASER**

Je confirme qu'il est rare d'être face à un client profane. De manière générale, le juge sera plus sévère à l'égard d'un prestataire qui travaille pour un client profane que pour un prestataire qui opère pour une grande entreprise dotée de compétences informatiques. Ceci justifie le renforcement du devoir d'information, de conseil et de mise en garde.

Par ailleurs, je remarque que l'acceptation par les prestataires de forfaits et de calendriers serrés est de plus en plus critiquée. Or dans la pratique, ces entreprises n'ont pas le choix : ces pratiques sont imposées par les sociétés clientes.

### **Delphine BAZIN, Juriste en entreprise**

Je regrette que nous n'ayons pas eu l'occasion d'entendre, parmi les intervenants de la table ronde, de représentant des sociétés clientes. Je m'interroge par ailleurs sur l'objectivité des débats, lorsque je remarque que le logo d'une entreprise prestataire est apposé sur l'une des présentations du colloque, à côté de celui de la Chambre nationale des experts.

Si l'on peut bien entendu reprocher à certains clients une mauvaise préparation de leurs cahiers des charges, qu'en est-il des cas de prestataires qui promettent des réalisations intenable pour remporter les contrats ? Ce cas de figure n'a pas été mentionné.

### **Stéphane LIPSKI**

Je tiens à préciser que nous, experts, rencontrons de nombreux cas dans lesquels les prestataires sont en tort. L'objectif de notre cas pratique était, non pas d'illustrer le problème de la responsabilité « technique », mais d'étudier la question du préjudice au regard des liens de causalité. Nous ne défendons certainement pas le prestataire au détriment du client.

### **Serge MIGAYRON**

L'objet de ce colloque n'est pas, en effet, d'étudier les responsabilités de chaque partie. Le cas pratique, volontairement simplifié, a pour but essentiel de poser les problématiques d'analyse du lien de causalité.

### **Nathan HATTAB, Expert près la Cour d'appel de Paris**

Je souhaite vous faire part de deux observations.

Ma première observation concerne les postes de préjudice parfois invoqués par les prestataires. J'ai eu l'occasion de constater que certains prestataires considèrent la phase d'élaboration de la proposition en réponse à un appel d'offres comme un poste de préjudice en cas d'échec du projet. Je m'interroge sur la recevabilité de cette demande.

Ma deuxième observation porte sur les contrats dans lesquels la livraison d'un produit ou d'un service est associée à une date donnée. Or nous savons que les projets suivent un chemin critique, dans lequel le décalage d'une tâche, parfois du fait du client, peut entraîner le dérapage du projet. Je suis interpellé par les demandes d'indemnisation émanant de sociétés clientes, reprochant au prestataire de ne pas avoir rempli ses obligations contractuelles, alors qu'elles sont elles-mêmes responsables du dérapage du projet.

**Serge MIGAYRON**

Il est vrai qu'au-delà des dispositions contractuelles, du calendrier prévisionnel et du budget fixé, la vie d'un projet est jalonnée d'imprévus. Les parties doivent accepter ces aléas caractéristiques de la conduite des projets informatiques, qu'il s'agisse des ressources humaines ou d'éléments nouveaux affectant le périmètre du projet. La plupart du temps, ces imprévus peuvent être amortis par le cadre contractuel et la bonne entente qui existe entre le prestataire et son client. Lorsque l'imprévu génère une difficulté trop importante et qu'un préjudice est invoqué, l'expert devra apprécier au mieux les différentes responsabilités.

**Michel VILLARD, Expert près la Cour d'appel de Paris**

Les discussions de la journée rejoignent mon retour d'expérience des projets informatiques. J'ajouterai que certains des liens de causalité sont relativement directs. Ils correspondent, pour le client, aux coûts externes et pour le prestataire aux coûts engagés dans le projet.

Certains liens de causalité seront bien plus complexes à démontrer, lorsqu'il s'agit par exemple d'une réduction des stocks que pouvait attendre le client suite au projet informatique, ou encore des contrats supplémentaires qu'aurait pu apporter au prestataire la poursuite du projet. Partagez-vous cette vision ?

**Serge MIGAYRON**

Tout à fait. Certains éléments, tels que les coûts directs sont aisément appréhendables. D'autres, tels que ceux que vous citez, peuvent être beaucoup plus difficiles à apprécier.

**Michel VILLARD**

J'observe par ailleurs que l'analyse des griefs que nous réalisons lorsque l'on entreprend une expertise, peut faire apparaître une aggravation du préjudice causée par une décision tardive d'arrêter le projet.

**Serge MIGAYRON**

Nous avons évoqué l'effet générateur sur les préjudices de la décision d'arrêt du projet. En effet, si la décision d'arrêt a été trop tardive, les préjudices ont pu être aggravés.

**Michel VILLARD**

Le client invoquera alors un défaut de conseil de son prestataire, tandis que le prestataire reprochera à son client de ne pas avoir pris la responsabilité, en tant que responsable du projet, de l'arrêter à temps.

**Stéphane LIPSKI**

La difficulté est en effet de déterminer la partie à l'origine de cette situation.

## Synthèse et clôture du colloque

---

Serge MIGAYRON

*Président de la CNEJITA*

Avant de clore les travaux de ce colloque, je souhaiterais apporter quelques éléments de réflexion sur les discussions de cette journée.

Nos échanges ont souligné l'importance des liens de causalité. A l'intersection entre les analyses techniques et financières, les liens de causalité tiennent une place essentielle dans la démonstration d'un préjudice, et plus précisément, de leur imputabilité.

Ces liens de causalité, dans le monde numérique, sont très souvent multifactoriels et enchevêtrés, ceci pour deux raisons.

En premier lieu, les projets informatiques sont avant tout des projets de coopération entre différents acteurs : client, prestataire, intégrateur, éditeur ou encore sous-traitant. Chacun dans son rôle contribue à la construction du projet et de ceci, résultent de multiples obligations croisées. Il n'est donc pas étonnant que les liens de causalité doivent être analysés dans ces multiples interactions.

En second lieu, nos investigations portent sur des systèmes numériques qui ne sont plus des systèmes isolés, mais des systèmes en interaction permanente avec leur environnement, un peu à l'image de systèmes vivants. Ces interactions créent des problématiques de liens de causalité complexes et indirects.

Les discussions relatives à l'étude de ce cas ont révélé une certaine convergence méthodologique sur la majorité des questions posées. Mais le choix d'une méthode d'appréciation des coûts liés aux temps de travail internes perdus continue de faire débat. A mon sens, ces temps perdus représentent souvent un réel préjudice. Mais son chiffrage est complexe et à la question « qui subit ce préjudice, l'entreprise ou son salarié ? », une réponse ne peut être apportée qu'au cas par cas.

J'exprimerai enfin une réflexion d'ordre opérationnel sur la façon dont nous pouvons appréhender les préjudices dans l'expertise. Il y a en effet un intérêt réel à ce que les postes de réclamation soient exposés le plus tôt possible dans l'expertise. Ceci permet d'identifier les liens de causalité qu'il sera nécessaire d'analyser et ainsi de mieux diriger l'expertise technique. J'y vois un élément de meilleure efficacité et d'optimisation économique de l'expertise.

Je remercie les intervenants qui se sont succédés à cette tribune pour leur participation précieuse à nos travaux, pendant ce colloque, mais aussi lors des réunions préparatoires. Je remercie également l'ensemble des participants à cette manifestation pour l'intérêt qu'ils lui ont porté par leur présence, par leurs contributions pertinentes et par la richesse des échanges qui en ont résulté.