

4 Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. Les clauses de convention de preuve



Mathieu MARTIN,
avocat, Bismuth Avocats

CONTEXTE

La preuve n'est pas d'ordre public comme le rappelle l'article 1356 du Code civil et peut faire l'objet d'un aménagement contractuel sous certaines limites.

« Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».

Un tel aménagement contractuel peut ainsi permettre, en cas de litige d'éviter l'intervention du juge tel que prévu par l'article 1368 du Code civil : *« À défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».*

Il existe depuis plusieurs années différentes conventions de preuve dans le cadre de relations contractuelles permettant de reconnaître l'existence d'un consentement et/ou la survenance d'un événement pouvant générer des obligations juridiques.

La convention de preuve est bien un outil suivant lequel les parties visent à remplacer un contrôle et/ou un formalisme lourd, par un procédé reconnu comme opposable à chacune, et suivant lequel elles lui accordent toute leur confiance. L'organisation d'une convention de preuve peut passer par 2 procédés :

- Un procédé technologique auquel les parties reconnaissent toute légitimité et leur accordent la confiance : l'exemple le plus communément utilisé est celui d'une carte magnétique et la composition concomitante d'un code confidentiel, comme validé par la Cour de cassation dans son arrêt « Crédicas » (Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.197).

Notons que cette même qualification peut s'appliquer dans le cadre de la blockchain et plus particulièrement des *Smart contract*, où un algorithme s'applique automatiquement si certaines conditions prédéfinies sont remplies.

- Indépendamment de tout procédé technologique, en reconnaissant certains documents, ou écrits ou agissements comme valant preuve entre les parties d'une décision ou d'un consentement.

S'agissant des écrits, c'est donc aller potentiellement au-delà du Code civil qui dispose suivant l'article 1366 que *« l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».*

En tout état de cause, l'insertion d'une clause de convention de preuve dans un contrat informatique mérite de s'interroger sur son opportunité et sur son périmètre pour ne pas aboutir à un mécanisme dévoyé au bénéfice d'une seule partie au contrat, voire contreproductif au regard de la volonté initiale des parties.

RECOMMANDATIONS

En premier lieu, rappelons qu'une telle clause n'est pas obligatoire et ne présente donc un intérêt que si elle répond à un objectif de simplification des relations entre les parties au contrat.

Le premier objectif le plus souvent poursuivi est d'alléger un formalisme dans les échanges entre les parties (qui sont d'ailleurs désormais quasiment tous dématérialisés). Ainsi, pourront par exemple être réputés opposables entre les parties des correspondances ou documents simplement échangés par courrier électronique ou partagés via un espace collaboratif sans devoir nécessiter de recourir à une notification par lettre recommandée avec avis de réception pour constater chaque décision prise et/ou dûment requérir une signature, qu'elle soit manuscrite ou électronique.

Il reste que ce procédé peut aussi être encadré par des exigences minimales que devra présenter chaque document (une référence, un format particulier...) pour ainsi être réputé de fait opposable entre les Parties.

En deuxième lieu et dans la continuité de ce qui précède, le rédacteur prendra soin de ne pas rédiger une clause mettant à néant d'autres stipulations contractuelles. Ainsi, il précisera par exemple utilement qu'une telle convention de preuve s'applique *« sauf stipulation contraire »*, certaines autres clauses pouvant donc imposer un formalisme particulier pour que les principes qui y soient visés soient opposables (notification d'une mise en demeure par lettre recommandée avec avis de réception faisant courir des délais par exemple).

En troisième lieu, si nous venons de voir comment la convention de preuve peut s'avérer utile quant au moyen de communi-

quer entre les parties (le contenant utilisé), elle peut aussi s'appliquer quant au contenu des documents, et donc la valeur qui leur est associée. C'est ici que va potentiellement se poser la question de savoir si un document reconnu comme valable dans sa communication, l'est aussi dans le fond.

En effet, peut se poser la question de savoir si cette convention de preuve porte tant sur la forme que le fond d'un document.

Cette question est loin d'être neutre, notamment en présence d'acteurs variés dans le cadre d'un projet informatique, qui ne sont pas sensibilisés à la portée qui peut être donnée à leurs écrits. Nous voilà donc au cœur du sujet : en effet, combien de praticiens n'ont-ils pas trouvé de pépites dans la centaine, voire milliers de mails adressés entre différents acteurs d'un projet informatique pour tout d'un coup découvrirent le Graal : le mail initialement adressé de manière ingénue ou sous le coup de la colère, qui plusieurs années après va constituer le socle de la défense de l'une des parties dans le cadre d'un contentieux informatique.

Or, le plus souvent et pour bien évidemment faciliter des échanges dans le cadre d'un projet de système d'information, de telles correspondances sont, de fait, identifiées comme ayant la valeur d'un engagement d'une partie, d'un accord, d'une validation.

Prise dans sa globalité, une clause rédigée de manière trop large permet donc de considérer comme élément probant et opposable tout propos tenu dans un mail adressé par un quelconque interlocuteur d'une partie contractante.

C'est donc la raison pour laquelle, et afin de compléter utilement tout principe de convention de preuve, il peut être nécessaire également d'y associer des règles de gouvernance et d'habilitation précises au titre des documents échangés entre les parties. Ainsi ne seront reconnus comme opposables que des documents émanant de certains interlocuteurs et/ou ayant respecté un certain formalisme.

On pensera par exemple aux différents documents produits dans le cadre de la gouvernance d'un projet (compte rendu de comités de pilotage, de projet).

Or, si ces éléments doivent nécessairement valoir preuve d'une prise de décision ou d'un engagement pour assurer la sécurité de l'avancement du projet informatique, ils ne doivent pas non plus amener à dériver du cadre contractuel initialement conclu. Or, il n'est pas rare que dans le cadre d'un projet, les acteurs

opérationnels de celui-ci, avec ou sans malice, opèrent une dérive des engagements contractuellement conclus. Il convient donc de veiller à ce que la convention de preuve ne devienne pas un outil de novation des engagements contractuels.

Ceci nous amène donc aux mécanismes contractuels valant convention de preuve, de recette ou validation de certaines étapes projet ou de documents.

On pensera par exemple aux mécanismes de validation tacite, où par exemple, soit passé un certain délai un livrable est réputé validé, soit, en cas d'utilisation en production d'un développement, ce dernier est réputé conforme, même en l'absence de recette prononcée.

Dans cette optique, la simple convention de preuve du contrat pourra utilement être complétée par un document plus large joint en annexe (de type plan assurance qualité, plan management projet...) qui fixera exactement ce qui peut ou non valoir preuve d'un engagement ou d'une décision de validation.

En quatrième lieu, la convention de preuve peut utilement être retenue pour justifier de l'utilisation ou de la consommation d'un service (nombre de connexions, activation de service) et constituer un référentiel d'utilisation et donc de facturation. Relevons ainsi que les clauses d'audit visées dans certains contrats de licence formalisent une convention de preuve quant aux conditions de réalisation d'un audit de conformité et les résultats en découlant : est ainsi réputé opposable au client le décompte de licences relevé automatiquement par un script déployé sur le système d'information du client.

En cinquième lieu, notons que la convention de preuve peut aussi viser à instaurer, dans une certaine mesure, un mécanisme d'exonération de responsabilité.

On pensera à cet effet aux conventions stipulant par exemple qu'est réputé être utilisé par le titulaire légitime, tout compte qui peut faire l'objet d'un accès suivant la saisine du bon identifiant et du bon code. Ainsi et même s'il y a eu un accès frauduleux (vol, usurpation d'identité), une absence de faute pourra être opposée.

Enfin, notons que pour toute convention de preuve, encore faut-il que l'élément opposé puisse être contrôlé ou contrôlable et qu'une telle stipulation n'organise pas une preuve quasi irréfutable qui pourrait entrer en contradiction avec les dispositions de l'article 1356 du Code civil précité.

CONCLUSIONS

Au regard de ce qui précède, le choix de rédaction d'une convention de preuve repose sur 2 questions essentielles :

- quel périmètre des obligations et/ou consentement mérite une automatisation ou simplification des règles les régissant,
- quelle confiance peut-on accorder aux mécanismes valant preuve entre les parties.

Mots-Clés : Contrat de l'informatique - Convention de preuve - Preuve