**CONTRATS INFORMATIQUES**

1. **Le contrat**
2. **Principes juridiques du contrat**

Le droit des contrats a été réformé par l’ordonnance du 10 février 2016.

L’article 1101 du code civil définit désormais le contrat comme suit : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »*

Un contrat est générateur d’obligations, cad que les parties ont conscience de s’engager, de lier leur engagement à la force obligatoire qui peut s’attacher aux règles de droit, règles pouvant être sanctionnées par les tribunaux.

Un simple échange de paroles peut constituer un engagement juridique contractuel. La notion de contrat est teintée d’un fort libéralisme, présupposant que chacun est en mesure de décider ce qu’il accepte ou refuse. Les parties ont donc la liberté de contracter, ou de ne pas contracter, les parties ont la liberté des formes du contrat qui peut être aussi bien oral qu’écrit, ainsi que de définir la liberté de leurs engagements comme elles le souhaitent, tout engagement accepté étant réputé conforme à l’intérêt de la partie.

* **Conditions de validité**

L’article 1103 et 1104 du code civil disposent que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ils doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition étant d’ordre public.

Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain.

* **Le consentement**

L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

* **La capacité**

Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles.

Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

1° Les mineurs non émancipés ;

2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425 cad les majeurs placés sous le régime de la tutelle ou de la curatelle

* **Le contenu licite et certain**

Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

* **Différentes formes de contrat**

Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres = contrat informatique (il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci).

Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure = contrat informatique (il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie).

Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit = contrat informatique (il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain).

Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression = contrat informatique (le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi).

Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose = contrat informatique parfois

Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties = contrat informatique

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties = contrat informatique

Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.

Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique = certains contrats informatiques

Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps = certains contrats informatiques

* **Particularités du contrat passé sous la forme électronique**

La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services. Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.

Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique.

Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.

Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.

L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ;

4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat. Hormis les cas de courriers électroniques, la remise d'un écrit électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.

1. **Les principaux contrats informatiques**

**1. La licence de logiciel :**

Par ce contrat informatique, un éditeur concède à un client un droit d’usage sur un logiciel dont il détient les droits de propriété intellectuelle. La licence peut porter sur deux types de logiciels : soit sur un progiciel (un logiciel standard), soit sur un logiciel spécifique, élaboré pour répondre aux besoins précis du client dans le cadre d’un contrat de développement de logiciel, ou une base de données.

Elle se distingue de la cession, les droits de propriété intellectuelle étant conservés par l’éditeur, et se révèle le plus souvent non exclusive, une licence exclusive étant plus coûteuse. Le droit d’usage accordé est délimité dans le contrat, et doit l’être dans des termes clairs et précis, afin que le client se retrouve « contrefacteur » en cas d’utilisation non autorisée. Il est de même indispensable que dans le contrat l’éditeur affirme clairement détenir les droits de propriété intellectuelle sur le logiciel, et qu’il garantisse le client à cette occasion.

Il doit définir notamment les conditions de reproduction permanente ou provisoire du logiciel, les conditions auxquelles sont soumises les modifications de ce dernier. La licence précise également les modalités juridiques de la mise sur le marché du logiciel (en cas de sous-licence autorisées par exemple).

Lorsque la licence porte sur une base de données, le contrat définit notamment les conditions d’extraction et de réutilisation du contenu de cette dernière.

Ce type de contrat est pour l’essentiel soumis au régime du droit d’auteur et du droit des producteurs de base de données. Il doit donc répondre aux conditions exigées par le code de la propriété intellectuelle pour que ces licences soient valides.

**2. Le contrat de maintenance :**

Le contrat de maintenance est un contrat de prestation de service informatique.

On distingue généralement, **la maintenance corrective, la maintenance évolutive, la maintenance réglementaire et la maintenance préventive.**

La maintenance corrective, vise à la correction des bugs ou anomalies affectant le logiciel ou le système informatique.

Lorsque la maintenance est dite "évolutive" elle vise à modifier un logiciel en vue de le faire évoluer. Par exemple, pour ajouter des fonctionnalités ou le rendre interopérable avec un nouvel environnement logiciel ou matériel.

La maintenance réglementaire quant à elle vise à modifier le logiciel afin que son utilisation soit conforme à la législation en vigueur. Par exemple, le changement du taux de TVA, RGPD.

Enfin, la maintenance préventive consiste à vérifier périodiquement le bon fonctionnement d’un logiciel en vue de prévenir des anomalies de traitement.

Notons que le contrat de maintenance informatique est généralement couplé avec un contrat de licence informatique. En effet, les prestations de maintenance corrective, évolutive ou réglementaire supposent l’autorisation du titulaire de droits sur le logiciel maintenu.

C’est une prestation que l’éditeur préfère se réserver. Cependant la maintenance peut tout à fait être assurée par un tiers (tierce maintenance applicative). Cette prestation consiste à maintenir un système informatique dans un état de fonctionnement conforme aux exigences contractuelles du client, exigences stipulées dans le contrat de fourniture du matériel ou du logiciel. Le prestataire peut s’engager soit à seulement réparer les erreurs de fonctionnement (maintenance corrective), soit, en tant que prestation supplémentaire, à prévenir celles-ci par des vérifications périodiques (maintenance préventive). Il peut aussi contracter une maintenance évolutive permettant aux logiciels ou matériels d’être réactualisés.

En matière de logiciel, alors que rien ne l’y oblige, l’éditeur assure le plus souvent ces prestations. En effet, les éventuelles corrections et réparations nécessitent d’avoir accès au code source, afin d’y apporter les modifications nécessaires. Ce droit de modification est expressément reconnu au client par le Code de la Propriété Intellectuelle, afin de lui assurer une utilisation normale du logiciel (article L.122-6-1 du CPI), et l’éditeur ne peut lui refuser ce droit. Les éditeurs étant évidemment réticents à communiquer les codes source de leurs logiciels, ceux-ci préfèrent assurer par eux-mêmes la maintenance de leurs produits.

**3. La licence de logiciel libre :**

Contrairement à ce qu’on pourrait penser, le logiciel libre n’est pas forcément un logiciel gratuit. Les caractéristiques du logiciel libre résident dans la libre circulation du code source, le droit d’utiliser, de copier, de distribuer, de modifier et de redistribuer les modifications. Les distributions peuvent être réalisées à titre gratuit ou onéreux.  
  
Ces droits sont cependant encadrés, afin de respecter l’économie de ce système : pour la licence GNU GPL, il faut préciser l’origine des modifications, et soumettre la version modifiée à la même licence (caractère contaminant). Dans le cadre des licences BSD, l’origine doit aussi être précisée, mais chaque utilisateur est libre de redistribuer sa version modifiée du logiciel comme il le souhaite (en mode propriétaire par exemple).

**4. Le contrat de développement de logiciel spécifique :**

Dans ce contrat informatique, le client commande à un prestataire un logiciel conforme à des spécifications contenues dans un cahier des charges, afin de répondre à ses besoins particuliers. Au lieu d’acquérir des droits sur un logiciel fini, le client commande un logiciel futur.

Alors qu’un contrat de licence d’utilisation porte sur un progiciel déjà réalisé, le contrat de conception de logiciel porte quant à lui sur la réalisation du logiciel spécifique à créer. Il convient de faire appel à une société spécialisée en développement informatique qui réalisera le logiciel le plus adapté aux besoins de l’entreprise afin de réduire les coûts d’intégration.

L’appel d’offres du client ainsi que la réponse proposée par le prestataire (et validée par le client) sont, en règle générale annexés au contrat de conception de logiciel, comme des référentiels préalables à toute étape du projet de conception.

L’éditeur peut lui concéder sur le logiciel créé un droit d’usage dans le cadre d’une licence, ou lui transférer les droits de propriété intellectuelle aux termes d’une cession de droits. En raison de la grande spécificité de la prestation fournie, les obligations de conseil et de collaboration sont renforcées.

L’expression des besoins précis du client, ainsi que les conditions de réalisation du logiciel par le prestataire, en termes de délais et de contrôle de qualité, constituent un point important.

Il en va de même de la clause de recette, la recette étant l’action de recevoir et de vérifier un produit. Elle se déroule nécessairement en deux étapes pour les logiciels spécifiques : on parle de recette provisoire et de recette définitive.  
Après une première phase de tests, le client peut prononcer la recette provisoire du logiciel si celui-ci est apte au bon fonctionnement selon les spécifications contractuelles, éventuellement en émettant des réserves en cas de dysfonctionnements mineurs. La recette définitive quant à elle s’opère après une vérification du service régulier, et permet de constater que le logiciel fonctionne correctement. Son prononcé (qu’il est recommandé de constater dans un procès-verbal signé) ouvre le point de départ des garanties et met fin à la possibilité pour le client d’invoquer par la suite la non-conformité ou les vices apparents.

**= les principales étapes**

La rédaction d’un cahier des charges est nécessaire dans la mesure où il s’agit d’un contrat de prestation de services complexe. Ce cahier des charges décrit les besoins du client.

Un calendrier organisationnel doit être dressé et annexé au contrat car le développement et l’écriture des programmes est souvent long. Le prestataire doit dans la mesure du possible respecter les délais prévus sous peine de causer un préjudice économique à la société cliente. Des délais impératifs, le cas échéant assortis de pénalités pourront inciter le prestataire à le respecter.

Puis le prestataire procède à l’analyse des besoins aux plans fonctionnel et technique. Le développeur précise les moyens techniques et humains requis pour le projet.

En parallèle de la rédaction des spécifications, le prestataire construit l’architecture du produit. Cette étape lui permet ensuite de procéder à l’écriture du code source puis à la programmation du code source en programme intelligible par la machine.

La documentation relative à l’utilisation du logiciel n’est pas à négliger par le prestataire car elle lui permet de remplir une partie de son obligation de conseil en renseignant le client sur l’utilisation qui doit en être faite du logiciel par notamment l’élaboration d’un manuel d’utilisation complet et précis.

Lorsque le prestataire a réalisé le développement du logiciel commandé, il procède à sa livraison afin de permettre au client de recetter le produit.

Cette recette s’effectue en deux temps :

* **La vérification d’aptitude au bon fonctionnement (VABF) ou recette provisoire**

Il s’agit d’une phase de tests, réalisée off line, qui permet au client d’émettre des réserves quant aux fonctionnalités du logiciel. Il peut être décelé à ce stade des erreurs des bogues que le prestataire doit corriger.

Les anomalies peuvent être :

* Mineures = ne perturbent pas le fonctionnement de la solution
* Majeures = perturbent une fonctionnalité secondaire du logiciel pour laquelle aucune solution de contournement ne peut être développée
* Bloquantes = empêchent une fonctionnalité principale, ou essentielle du logiciel pour laquelle aucune solution de contournement ne peut pas être développée.
* **La vérification de service régulier (VSR) ou recette définitive**

Lorsque le VABF est validée ou lorsque les corrections ou améliorations ont été apportées, le client teste le logiciel en conditions réelles d’exploitation ou de production, on -line, pour s’assurer du bon fonctionnement. Cette phase de VSR dure en général de 1 à 3 mois (au plus 6 mois dans certains domaines comme l’aviation).

Au cours de cette phase, si le logiciel est conforme au référentiel de conformité, le client prononce la recette définitive en signant le procès-verbal de recette. Si le logiciel n’est pas conforme, le client identifie et décrit les anomalies en les qualifiant si possible afin que le prestataire puisse les corriger.

Une fois les anomalies corrigées le client recette ou refuse de recetter, voire recette avec des réserves qui ne peuvent être que mineures et devront être résolues en période de garantie.

**= les obligations des parties**

* **Obligations du prestataire**

**Obligation de conseil, d’information et de mise en garde** = l’appréciation de cette obligation est à géométrie variable au regard des faits des espèces auxquelles sont confrontées les juridictions (CA Versailles , 20 septembre 2011, n°10-04384, SAS lefebvre Software c/ SA groupe Berto ; CA Angers, 13 septembre 2011, n°10/01367, SARL Puissance I c/ SAS Kalysse)

**Respect des délais et des coûts**

Le prestataire qui développe un logiciel pour une entreprise cliente doit respecter les engagements contractuels et le calendrier préalablement établi sous peine d’engager sa responsabilité (CA Paris, 28 mai 2008, Lenôtre c/ Cialos conseil ; CA Douai, 10 février 2011 n° 09/07101)

* **Obligation du client**

Obligation de collaboration = le client doit tout au long de la phase de conception et de développement collaborer avec le prestataire en lui fournissant toutes les informations nécessaires au bon déroulement de sa mission en l’occurrence, le développement et la mise au point du logiciel. La responsabilité du client peut être engagée lorsque celui-ci ne répond pas aux sollicitations du prestataire.

Le client doit procéder aux tests de recette, identifier les non-livraisons, les dysfonctionnements, les non conformités, les problèmes de performance, et matérialiser les malfaçons dans des fiches d’anomalie qu’il soumettra au prestataire en position de remédier aux anomalies (CA Versailles, 20 janvier 2011, n°09/08352, SA Eclairage Conseil c/ SA podware).

**= La clause de propriété intellectuelle**

Est « la » clause essentielle d’un contrat de développement de logiciel spécifique.

En effet (et c’est tout l’intérêt du logiciel spécifiquement conçu pour les besoins du client) le client moyennant le versement d’une redevance peut convenir contractuellement d’être le titulaire exclusif de l’intégralité des droits de propriété intellectuelle afférents aux codes sources du logiciel développé.

Le prestataire quant à lui, peut également trouver un intérêt à demeurer titulaire des droits de propriété intellectuelle afin de pouvoir réutiliser ces développements pour le compte d’autres sociétés.

En l’absence de clause de propriété intellectuelle, il n’y a aucun transfert automatique de droit d’auteur. En vertu de l’article L.111-1 alinéa 3 du CPI, le logiciel demeure la propriété de la société prestataire et le client ne bénéficie que d’un droit d’utilisation du logiciel développé, même si celui-ci a commandé le développement de logiciel.

Dans l’hypothèse où les droits de PI seraient transmis au client, le prestataire doit procéder à la remise physique à ce dernier des codes sources sur un ou des supports convenus. Cette remise permet au client de pouvoir faire évoluer le logiciel et de pouvoir le corriger en cas d’anomalie. Cela évite de ne plus pouvoir maintenir le logiciel en cas de disparition de la société prestataire et permet de pouvoir faire assurer la maintenance du logiciel par une société tierce.

**5. Le contrat d’intégration de logiciels :**

Une fois que le client a acquis des droits sur des logiciels, il faut que ceux-ci soient aptes à fonctionner ensemble dans l’environnement informatique déjà existant au sein de l’entreprise. Il convient généralement d'adapter les logiciels en opérant des modifications mineures. Parfois, des modifications importantes sont nécessaires : un contrat d’intégration est alors conclu. L’intégrateur doit, dans ce cas, écrire et mettre en place un programme qui permet de gérer ensemble des programmes différents et de former un tout cohérent. Lorsqu’il n’est pas à l’origine du choix des composants logiciels qu’il doit intégrer, l’intégrateur n’est pas responsable de la qualité de ceux-ci.

**6. Le contrat d’outsourcing :**

Le contrat d’outsourcing ou contrat d'externalisation consiste à confier la totalité d’une fonction ou d’un service à un prestataire externe spécialisé, pour une durée pluriannuelle. C’est un service complet accompagné d’un engagement en termes de niveaux de services particulièrement élaborés. Le prestataire fournit alors la prestation en conformité avec les niveaux de services, de performance et de responsabilités spécifiés dans le cahier des charges. Comme dans tout contrat informatique, une forte obligation de conseil est à sa charge.

Grâce à ce contrat, le client peut s’exonérer des contraintes que la gestion et la maintenance d’un système informatique impliquent, et se concentrer sur son « cœur de métier ». Les prestations peuvent être très variées (assistance, maintenance, hébergement, etc.).

Dans ce contrat informatique, tout comme dans les contrats d’ASP et de SAAS exposés ci-après, le SLA (Service Level Agreement), ou l'engagement de niveaux de services, revêt une importance particulière. Elle permet au client de mesurer le niveau de service et d’apprécier le respect du Plan d’Assurance Qualité, qui garantit la qualité et les performances de ces services.

Par ailleurs, il est important de prévoir une clause d’exploitation des données du client, garantissant leur intégrité, leur sécurité et leur confidentialité.

Enfin, une clause de réversibilité dans le contrat permet au client de reprendre les éléments confiés au prestataire, en cas de disparition de celui-ci, d’inexécution du contrat ou tout simplement d’arrivée du terme de celui-ci.

**7. Le contrat ASP : Contrat de fournisseur d’applications hébergées**

Il s’agit en fait d’un contrat de licence d’utilisation d’un logiciel dont l'une des spécificités est que l’utilisateur ne dispose pas de la possibilité de reproduire le logiciel sur ses propres machines.

L’utilisateur dispose seulement d’un droit d’accès distant aux fonctionnalités du logiciel qui est hébergé par l’éditeur.

Ce type de contrat comporte également des dispositions propres aux contrats de maintenance et d’hébergement. Par exemple il contient des clauses de garantie de performance, bénéfice automatique des mises à jour pour l’utilisateur etc..

Le contrat « ASP » (« Application Service Provider »), traduit en français par « FAH » (« Fournisseur d’Application Hébergée »), est une modalité particulière du contrat d’outsourcing. D’origine américaine, ce contrat a pu voir le jour grâce au développement d’Internet qui a donné la possibilité d’utiliser des applications informatiques à distance. Là est la véritable particularité du contrat ASP : alors que dans un contrat d’outsourcing « classique », le client détient directement un droit d’usage sur les logiciels, et transfère les moyens matériels et/ou humains à un prestataire, dans le contrat ASP, le client ne dispose que d'un droit d’accès et d’utilisation de logiciels hébergés par un prestataire, qui lui-même s’est fait concéder le droit d’usage par un éditeur. Le client dispose d’un accès à distance à un système informatique extérieur, ce qui lui permet d'éviter d’acquérir par lui-même une infrastructure informatique, des licences d’utilisation de logiciels et de faire appel à différents prestataires pour faire fonctionner l’ensemble.

Il s’adresse à un interlocuteur unique, et de ce fait les prestations réalisées en mode ASP peuvent être très étendues (éditeur, intégrateur, mainteneur, archiveur, etc.), le prestataire pouvant recourir à des sous-traitants.

Une autre modalité de la sous-traitance informatique (externalisation) est la fourniture d’applications hébergées à distance (FAH ; ASP Application service provider) permet à une entreprise (ainsi que ses succursales ou filiales) de se connecter à un réseau informatique central localisé sur la plateforme du fournisseur (usage usuel mais maladroit) de contenus numériques.

Les prestations attendues sont détaillées dans le contrat (d’entreprise) ou dans un cahier des charges annexé, après éventuellement un audit.

Le contrat détermine quels sont les logiciels qui seront utilisés et pour quels usages (ceux-ci sont similaires à ceux pouvant être obtenus par la sous-traitance de spécialité ou le traitement à façon).

Dans sa forme la plus évoluée, cela est désigné par l’expression de cloud computing (calcul informatique dans les nuages) ou nébulique (Ph. Gaudrat dans son traité du numérique). L’appellation de cloud vient de ce que l’on considère comme un nuage constitué d’un nombre infini de points de services et de capacités informatiques en réseau grâce à des logiciels spécifiques et à un système d’authentification.

Le contrat prévoit le nombre d’utilisateurs autorisés, les performances promises par le fournisseur et attendues par le client (quant à la disponibilité des applications et du réseau, la rapidité des transferts de données, les délais de restauration des données…). Une clause pénale peut être associée à cette clause de performance sanctionnant le fournisseur défaillant.

Il est conseillé de prévoir dans le contrat une licence d’utilisation des logiciels et progiciels du fournisseur d’applications. Ce qui suppose que le fournisseur soit titulaire desdits logiciels ou qu’il ait le droit d’accorder des sous-licences. Dans la pratique il ne semble pas qu’une clause de licence soit convenue dans les contrats ASP. Dans les contrats SaaS, le prestataire dispose des logiciels, ce qui lui permet de faire bénéficier ses clients de leurs mises à jour et améliorations.

La fourniture d’application hébergées comporte généralement des services complémentaires (formation, documentation, personnalisation des interfaces, paramétrages, archivage, maintenance…). Il est possible que le fournisseur d’applications hébergés sous-traite auprès d’une entreprise spécialisée certains services auxquels il s’est engagé envers son client par ex l’archivage informatique.

Sort des données du client = le fournisseur doit garantir la sécurité et la confidentialité des données du client de son fait ou de celui de ses sous-traitants qu’il introduit dans l’exécution du contrat.

Il est recommandé de stipuler que l’obligation est de résultat quant à la sécurité contre toute altération ou perte de données. Une clause de retour ou réversibilité doit être insérée pour régir la récupération des données par le client.

Ex le coffre-fort numérique pour documents confidentiels (article L.103 du code des postes et télécommunications électroniques « Un service de coffre-fort numérique est un service qui a pour objet :

1° La réception, le stockage, la suppression et la transmission de données ou documents électroniques dans des conditions permettant de justifier de leur intégrité et de l'exactitude de leur origine ;

2° La traçabilité des opérations réalisées sur ces documents ou données et la disponibilité de cette traçabilité pour l'utilisateur ;

3° L'identification de l'utilisateur lors de l'accès au service par un moyen d'identification électronique respectant l'article [L. 102](https://www.juritravail.com/codes/code-postes-communications-electroniques/article/L102.html) ;

4° De garantir l'accès exclusif aux documents électroniques, données de l'utilisateur ou données associées au fonctionnement du service à cet utilisateur, aux tiers autres que le prestataire de service de coffre-fort numérique, explicitement autorisés par l'utilisateur à accéder à ces documents et données et, le cas échéant, au prestataire de service de coffre-fort numérique réalisant un traitement de ces documents ou données au seul bénéfice de l'utilisateur et après avoir recueilli son consentement dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

5° De donner la possibilité à l'utilisateur de récupérer les documents et les données stockées dans un standard ouvert aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé de données, sauf dans le cas des documents initialement déposés dans un format non ouvert ou non aisément réutilisable qui peuvent être restitués dans leur format d'origine, dans des conditions définies par décret.

Le service de coffre-fort numérique peut également proposer des services de confiance au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

Ce service de coffre-fort numérique peut bénéficier d'une certification établie selon un cahier des charges proposé par l'autorité nationale de la sécurité des systèmes d'information après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et approuvé par arrêté du ministre chargé du numérique.

Les modalités de mise en œuvre du service de coffre-fort numérique et de sa certification par l'Etat sont définies par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

1. **Le contrat SAAS :**

Le contrat « SAAS » pour « Software As A Service », est un mode particulier de contrat ASP, plus abouti. Il est né pour pallier la trop grande standardisation de l’offre ASP.  
  
L’offre SAAS, tout comme celle d’ASP, consiste principalement à externaliser le système informatique du client, auquel celui-ci accède à distance.

La différence est qu’en mode SAAS, le client bénéficie d’une personnalisation des applications, auxquelles il accède exclusivement par Internet.

Ces applications sont fournies de façon mutualisée au profit d’autres entreprises, mais chacune d'entre elles peut en bénéficier sous une forme personnalisée, parfaitement adaptée à ses besoins et aux programmes qu’elle utilise déjà, ce qui génère des problèmes spécifiques notamment en matière de propriété intellectuelle.  
  
Le prestataire conserve la propriété de ses propres développements. En revanche, les adaptations réalisées pour les besoins du client par le prestataire SAAS à partir d'éléments existants du client font vraisemblablement l’objet d’une copropriété entre le prestataire SAAS et le client, en l’absence de clause contraire.

1. **Le contrat d’audit**

Le professionnel se contente d’observer, de recenser, et d’analyser les procédures, difficultés et périls dans l’entreprise auditionnée afin d’émettre un avis circonstancié et des recommandations dans un rapport. Il n’intervient jamais dans la conception ou la réalisation de l’information, ni dans les aménagements ou les reconfigurations nécessaires pour remédier aux dérangements qu’il a pu constater. Mais il peut prolonger sa mission par une activité d’ingénierie si son client lui demande de mettre en œuvre les recommandations qu’il a présentée. Comme tout contractant, l’auditeur doit se comporter de façon loyale et de bonne foi.

Finalités de l’audit se divisent en 6 catégories :

1. **L’audit préalable à l’informatisation ou à une reconfiguration**

L’informatisation ou la reconfiguration de son système informatique nécessite au préalable une évaluation de l’état des lieux (cohérence du système en place, ses performances…) et ses besoins qui relève de l’audit. L’achat d’occasion d’un système informatique ou d’éléments de ce système donne lieu à un audit préalable. (CA Paris, 5e ch, section A, 23 octobre 2002).

1. **L’audit de l’information**

= appréhende les systèmes utilisés pour traiter les flux d’information parvenant à l’entreprise cliente ou émanant d’elles ainsi que les circuits qu’elles empruntent.

1. **L’audit de la fonction informatique**

= analyse la configuration informatique dans son ensemble, sa fiabilité, sa sécurité et son efficacité. Il se prononce aussi sur les méthodes de saisie de données et de gestion des programmes.

1. **L’audit des applications informatiques**

= l’audit de la fonction informatique se prolonge par l’audit des applications informatique, comme la gestion des stocks et le service de paie ; ou encore l’audit financier contrôlant les systèmes informatisés de la comptabilité et autres informations financières de l’entreprise.

1. **L’audit de l’environnement juridique**

= œuvre tant le domaine juridique que social.

Il apprécie le contentieux informatique et évalue la qualité, les garanties, les coûts et les risques de tous les contrats informatiques de l’entreprise, notamment de maintenance, de conseil, de fournitures de processeurs et de logiciels, de crédit-bail, de formation, d’assurance. Si besoin, il conseillera de modifier certains d’entre eux par des avenants négociés ou de les résilier.

Il sera opportun de suggérer de les intégrer dans une base de données (car il n’est pas rare que les contrats soient passés par divers services de l’entreprise, sans aucune centralisation, et sans cohérence entre eux).

Sur le plan social, il examine les pratiques et les structures liées aux ressources humaines dans le domaine informatique.

1. **L’audit des contrats de licence**

= les contrats de licence de logiciel comportent généralement une clause relative à l’audit, permettant à son titulaire de vérifier, par lui-même ou par le truchement d’un tiers indépendant, le respect par l’utilisateur, tant des termes du contrat dans l’utilisation du logiciel que la concordance entre les redevances contractuelles et les redevances perçues.

1. **Le contrat de sauvegarde**

Tout détenteur légitime d’un logiciel peut craindre une défaillance dans l’assistance de son fournisseur lorsqu’il éprouve des difficultés de fonctionnement, notamment s’il vient modifier sa configuration informatique.

Si le fournisseur n’a pas accepté de lui remettre le programme source à la base du logiciel, de convenir avec lui dans un contrat annexe que les copies de celui-ci (et la documentation technique ayant servi à sa conception et à sa réalisation) seront déposées chez un tiers.

L’agence pour la protection des programmes (APP) propose un contrat d’entiercement.

Le dépôt doit être mis à jour chaque fois qu’une modification ou une nouvelle version a été installée chez l’utilisateur. Celui-ci peut accéder au programme source sous le contrôle de la Commission d’arbitrage de l’APP, principalement en cas de panne bloquant le logiciel alors qu’elle n’a pas été réparée par le fournisseur dans le délai de 8 jours à compter de sa constatation.

A ne pas confondre avec le contrat de surveillance.

1. **Contrat de traitement à façon**

Le contrat de service-bureau, appelé également traitement à façon dans le domaine informatique est une variété de la sous-traitance informatique. Il s’agit d’un contrat d’entreprise. Le prestataire de service (façonnier) travaille sur son matériel et avec ses programmes et ce qui est caractéristique par rapport à la sous-traitance sous la direction étroite de son client (sans aucune autonomie)

Il intervient pour des tâches déterminées (contrairement à l’infogérance qui est globale) par ex : gestion des stocks, comptabilité, saisie et traitement de données ou de documents, l’édition de documents, l’archivage de disquettes ou cédéroms, numérisation et stockage des informations de l’entreprise sur son site web …

Les prestations de traitement à façon peuvent être occasionnels que régulières.

Outre les clauses habituelles, les parties ne doivent pas omettre de prévoir dans le contrat la nature des prestations, les conditions de stockage de l’information et les procédés pour suivre leur acheminement, la confidentialité, les délais d’exécution et de réception ainsi que la nature de la responsabilité du prestataire (généralement de résultat faute d’aléa).

Parfois le contrat comporte une obligation d’assistance à la charge de l’ESN.

1. **Contrat d’assurance des risques informatiques**

Les principales polices spécifiques sont :

* **La police TRI (tous risques informatiques)**

Elle couvre tous les dommages qui ne sont pas exclus expressément que ce soit des accidents ordinaires (incendie, explosion, implosion, chute…) ou des accidents extraordinaires (inondation, tempête, tremblement de terre) ou humain (attentat, sabotage, vol).

L’assureur impose généralement au souscripteur de prouver soit qu’il possède un service interne de maintenance (dont l’efficacité a été vérifiée par un audit indépendant) soit qu’il a conclu un contrat de maintenance avec une société tierce.

Lorsque le sinistre a détruit totalement un appareil ou un ensemble, l’indemnisation s’opère sur la valeur de remplacement moins un abattement pour vétusté et une franchise.

En présence d’un sinistre partiel l’indemnisation ne couvrira que les frais réellement engagés pour remettre l’appareil en état moins la franchise.

Si la garantie bris informatique peut permettre d’obtenir l’indemnisation d’une perte de données (permettant de reconstituer celles-ci) encore faut-il que les conséquences revêtent le caractère d’un événement accidentel et soudain ce qui n’est pas le cas du sinistre survenu au moment de l’exécution du script de sauvegarde et alors que le message d’alerte l’avait précédé (Lyon, Ch. Civ, 1A, 28 avril 2016).

* **La police GI (globale informatique)**

= protège l’entreprise contre tous les risques informatiques énumérés dans le contrat alors que la police TRI obéit à une logique inverse.

* **La police ERI (extension aux risques informatiques)**

= couvre les risques survenant au système informatique indiqué dans le contrat et dont les causes éventuelles sont énumérées mais elles doivent constituer des infractions pénales (actes de malveillance, fraudes et sabotages, tant sur le matériel que sur les logiciels même commis par des préposés de la victime).

Elle ne peut être mise en jeu que si l’entreprise a porté plainte au pénal. Le contrat peut prévoir que l’indemnisation s’étendra aux pertes d’exploitation conséquence d’une perte des données ou d’une utilisation illicite d’informations.

* **La police GV (garantie virus)**

= ne se limite pas aux seuls virus mais également aux bombes et aux mouchards électroniques.

* **La garantie GRD ou GRI (garantie reconstitution des données ou garanties reconstitutions d’informations)**

= elle couvre les frais de reconstitution des données mais n’a d’efficacité que s’il existe chez l’assuré un plan sérieux de sauvegarde.

1. **Le contrat d’intégration**

Le contrat d’intégration est un contrat informatique par lequel un tiers, dit « intégrateur », va implémenter, au sein d’un système d’information, un logiciel.

En outre, l’intégrateur développe également, le cas échéant, les interfaces nécessaires pour que le logiciel soit interopérable avec l’environnement logiciel et matériel où il est implémenté.

1. **Le contrat d’hébergement**

Le contrat d’hébergement est un contrat où un tiers, dit « hébergeur », va assurer le stockage de données (logiciels, base de données, données numériques diverses) sur ses serveurs.

Il gère notamment les questions liées à la sécurité des données, leur disponibilité (niveaux de services) et les questions liées au RGPD.

1. **Le contrat de conseil en informatique**

Ce type de contrat prend souvent la forme d’une prestation d’assistance à maîtrise d’ouvrage lors de projets informatiques.

Le prestataire va alors s’assurer que l’expression des besoins de son client est bien définie (rédaction du cahier des charges, du Service Level Agreement etc.). Parfois, le prestataire réalise une étude dite « préalable » permettant la définition précise des besoins.

Le prestataire va généralement suivre les différentes étapes du projet (comité de pilotage, phases de recette et de mise en production etc.). Il va aussi s’assurer de la bonne exécution du contrat et du respect des délais.

Le contrat de conseil en informatique peut également prendre la forme d’un contrat d’audit informatique.

1. **Le contrat de référencement**

Le contrat dit de référencement est un contrat encadrant une prestation informatique visant à améliorer le référencement d’un site internet. Le contrat de référencement est dit SEO (Search Engine Optimization) lorsqu'il vise à améliorer le référencement naturel dans les moteurs de recherche.

Il est dit SMO (Social Media Optimization) lorsqu'il améliore le référencement sur les réseaux sociaux. Enfin lorsque le contrat vise l'optimisation de campagnes publicitaires on parle de contrat SEA (Search engine advertising).

En raison des conseils techniques que donne le prestataire (notamment en SEO) ce type de contrat informatique est proche du contrat de conseil en informatique.

1. **Les contrats d'entiercement ou de séquestre**

Ils visent à déposer les sources d’un logiciel dans les mains d’un tiers (par exemple l['Agence pour la protection des programmes](https://www.app.asso.fr/)). Le contrat va alors définir les hypothèses où ce tiers sera autorisé à fournir les sources du logiciel à une personne déterminée (généralement à l’utilisateur du logiciel).

Ce type de contrat informatique vise notamment de pallier une éventuelle défaillance de l’éditeur du logiciel dans ses obligations de maintenance corrective, évolutive ou réglementaire.

Il constitue pour les utilisateurs de solutions logicielles une garantie de pérennité.

1. **Les principaux contrats sur les logiciels**
2. **Le contrat de licence : logiciel propriétaire**

Le contrat de licence est celui par lequel un éditeur concède à titre exclusif ou non exclusif (le plus courant) un droit d’usage ou d’utilisation sur un logiciel ou progiciel en contrepartie du paiement d’un prix forfaitaire ou une redevance.

Cette mise à disposition n’emporte aucun transfert de droits, ni ne confère de monopole d’exploitation au licencié.

En conséquence le bénéficiaire d’une simple autorisation ou licence ne peut agir en contrefaçon (Cass. 1er civ, 22 janv 2009).

La doctrine débat sur le régime dont relève le contrat de licence pour certains contrats de bail sur un bien immatériel et d’autres à une vente portant sur un support sans cession de droits de propriété intellectuelle.

Il faut distinguer :

* **La cession de logiciel =** transfert à titre exclusif par un cédant de l’intégralité des droits patrimoniaux sur le logiciel au profit du cessionnaire. => le cédant transfert la propriété intellectuelle du logiciel. L’auteur conserve le droit moral
* **La concession de logiciel** = transfert à titre exclusif ou non exclusif par un concédant d’un ou plusieurs droits patrimoniaux afférant u logiciel d’un tiers concessionnaire => le concédant conserve la propriété intellectuelle du logiciel. Il ne concède qu’un droit d’exploitation.
* **La licence** = concession par un éditeur à titre exclusif ou non exclusif (cas le plus courant) d’un droit d’usage ou d’utilisation au licencié => le concédant conserve la propriété intellectuelle du logiciel. Il ne concède qu’un droit d’utilisation ou d’usage.

La licence porte sur :

* Un logiciel spécifique élaboré dans le cadre d’un contrat de développement pour répondre au besoin précis du client ; ou
* Un progiciel auquel cas il s’agit d’un contrat d’adhésion conclu fréquemment par la rupture de la rupture adhésive fermant l’emballage (shrink-wap licence) ou un click s’il est téléchargé (click-trough licence).

La licence peut être concédée :

* A titre exclusif (notamment pour les logiciels sur mesure) ou non (cas des progiciels standards)
* Pour une durée = déterminée (ex : une année reconductible par tacite reconduction) ou indéterminée (la durée maximale de la protection par le droit d’auteur au-delà de laquelle le logiciel tombe dans le domaine public).
* **Périmètre des droits concédés**

La validité d’un contrat de licence n’est pas conditionnée par l’existence d’un écrit ou le respect du formalisme de l’article L.131-3 CPI exigé pour la cession. La licence doit délimiter le droit d’usage concédé dans des termes clairs et précis. Une utilisation non autorisée sans droit, s’analyse en un acte de contrefaçon.

* **Garantie d’éviction**

Le contrat doit indiquer clairement que l’éditeur est titulaire des droits de propriété intellectuelle et garantir le client en cas de contestation ou de revendication de ces droits par un tiers.

* **Sous-licence**

Une entreprise cliente doit, si besoin, veiller à obtenir l’autorisation expresse d’accorder des sous-licences, de pouvoir utiliser les progiciels pour tous ses clients et de se réserver la possibilité de réaliser autant de copies que de postes de travail.

* **Sous cession du contrat de licence**

Le droit de céder le contrat de licence peut être prévu par celui-ci, le plus souvent pour les licences conclues à titre exclusif, sous réserve de notifier la cession préalable et par écrit à l’éditeur.

La revente de logiciels d’occasion

La vente de logiciel préinstallés

L’audit des licences

1. **Le contrat de licence : logiciel libre et open source**
2. **Définition**
3. **Logiciel libre**

Le logiciel libre a été initié en 1983 par Richard Stallman alors qu’il entreprend d’écrire un système d’exploitation complet et entièrement libre compatible avec Unix appelé GNU (Gnu’s Not Unix). Ses modalités d’utilisation ont été encadrées et formalisées par un contrat de licence : la licence publique générale dite GNU (GNU GPL) qui connait plusieurs déclinaisons. En 1991, Linus Thorvalds crée le système d’exploitation non propriétaire Linux adopté depuis par nombre d’entreprises et administrations, et suivi par de nombreux autres logiciels dits « open source » (code ouvert).

Principalement deux idées reçues « le logiciel libre est gratuit » et « le logiciel libre est libre de droits ».

1. **Logiciel « open source »**

Le terme open source provient de l’Open Source Initiative (OSI), fondée notamment par Eric Raymond en 1998, pour proposer une alternative aux logiciels libres respectant l’idée initiale de partage et pour proposer un modèle plus en adéquation avec les intérêts pratiques de l’ingénieur.

Selon la définition de l’OSI, la licence open source doit répondre à une série de critères pour recevoir cette qualification (ex : la libre redistribution du logiciel, l’accès au code source, la préservation de l’intégrité du code).

1. **Les principaux critères**
2. **Application du droit d’auteur**

Le logiciel libre utilise les mécanismes du droit d’auteur pour favoriser le partage et l’échange, il est aussi désigné sous le terme de « copyleft ». Il n’est pas libre de droits et n’appartient pas au domaine public.

La validité des termes de la licence libre est reconnue par le juge judiciaire qui sanctionne leur manquement

1. **Droits accordés par la licence**

Quatre prérogatives ou liberté doivent être accordées au licencié :

* Utiliser/ exécuter le logiciel
* Etudier son fonctionnement
* Le modifier via son code source rendu accessible
* Le redistribuer au besoin modifié à titre gratuit ou onéreux.

La modification du programme peut conférer la qualité d’auteur à l’utilisateur d’une création logicielle dérivée ou composite sous condition d’originalité.

1. **La typologie des logiciels libres**

Il existe plusieurs types de licences libres qui s’appliquent non seulement aux logiciels mais aussi aux autres œuvres de l’esprit.

Ces licences peuvent être divisées en deux principales catégories : les licences dites « gauche d’auteur » ou copyleft et les licences permissives ou non copyleft.

1. **Licence type ou persistante (copyleft fort)**

La licence est dite contaminante car toute utilisation de sources sous cette licence l’étend aux développements associés.

Elle interdit l’utilisation du code source au sein d’une application propriétaire. Ex : GPL (GNU General public license la plus répandue), CeCILL (Cea Cnrs Inria Logiciel Libre) répond aux exigences du droit français et prévoit la compétence du TGI Paris en cas de litige).

1. **Licence type semi libre ou diffusive (copyleft standard)**

Elle permet de redistribuer le logiciel (modifié ou non) sous la licence initiale en y adjoignant des nouveaux éléments sous d’autres licences voire sous-licences propriétaires. Elle donne naissance à des logiciels hybrides, modulaires qui mêlent licences libres et propriétaires. Ex : MPL= mozilla public license, LGPL = licence publique générale limitée GNU ou CeCILL-C.

1. **Licence type permissive (sans copyright)**

Elle impose peu l’obligations au licencié qui concernent principalement le respect de la paternité. Elle est compatible avec toute autre licence permissive ou propriétaire reprenant les obligations qu’elle contient. Il est possible de réutiliser et inclure un code sous licence permissive dans un logiciel propriétaire. Ex : BSD = berkeley software distribution), ASF (apache software licence) ou CeCILL-B.

1. **La combinaison et conflits de licence**

Ces conflits sont susceptibles de survenir entre logiciels libres et / ou logiciels libres et propriétaires. En conséquence, leur combinaison requiert une analyse de la compatibilité de leurs clauses respectives et au besoin l’ajout de plusieurs clauses d’exception.

1. **Les points clés**
2. **Application de la loi française**

Les licences libres mises à disposition sur internet sont des contrats internationaux soumis à la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En conséquence, une clause désignant une loi étrangère écarte l’application du droit d’auteur du logiciel.

1. **Exonération de responsabilité**

Les licences libres contiennent le plus souvent des clauses exonératoires de responsabilité du fait des dommages causés par le logiciel ou dus à l’utilisation d’une œuvre. La jurisprudence reconnait un plein effet a ces clauses entre professionnels excepté en cas de faute lourde mais pas entre un professionnel et un consommateur non professionnel.

1. **Droit moral**

Un logiciel libre est par nature destiné à être modifié par un tiers, ce qui multiplie les risques d’atteintes au droit moral (perpétuel, imprescriptible et inaliénable).

1. **Le contrat de maintenance (ou support)**
2. **Définition**

La maintenance consiste à conserver un matériel et/ou logiciel en état de fonctionnement continu notamment au moyen de vérifications entretiens et/ou réparations.

Plusieurs types de maintenance existent ou coexistent :

* **Tierce maintenance applicative (TMA)** = assuré non par l’éditeur mais par un prestataire tiers
* **Maintenance préventive** = le prestataire prévient les anomalies de fonctionnement ou réduit la probabilité de défaillance par des vérifications périodiques
* **Maintenance corrective** = le prestataire corrige les seules anomalies dont le contrat doit définir le contenu, par mise à jour pour les anomalies mineures et intervention in situ ou télémaintenance pour les anomalies bloquantes/majeures. Le contrat peut distinguer les anomalies des erreurs des incidents.
* **Maintenance évolutive** = le prestataire réactualise et met à niveau le logiciel.

Le droit de modification est expressément reconnu à l’utilisateur afin d’assurer une utilisation normale du logiciel. En pratique, lorsque les éventuelles corrections ou réparations nécessitent un accès au code source, l’éditeur se réserve contractuellement le droit de corriger les erreurs et assure lui-même la maintenance en complément d’une licence de logiciel. La jurisprudence tolère un certain taux d’indisponibilité des logiciels et les pannes passagères.

1. **Les points clés**
2. **Groupe de contrats et indivisibilité**

Le contrat de maintenance est le plus souvent associé à un contrat principal de fourniture ou de location. Ceux-ci forment un ensemble contractuel indivisible ou groupe de contrats. A défaut la maintenance est dite autonome.

1. **Dépôt des sources**

Le contrat peut prévoir utilement le séquestre des codes sources et leur accès en cas de défaillance des prestataires ainsi que leur mise à jour au fur et à mesure de la maintenance.

1. **L’infogérance (Facilities Management)**
2. **Définition**

L’infogérance consiste à prendre en charge la gestion de tout ou partie du système informatique d’une société, avec ou sans délocalisation, parfois pour une durée de plusieurs années. L’éventail des prestations est large (assistance, maintenance, hébergement…). L’infogérance permet au client de se concentrer sur son métier.

Comme les autres contrats informatiques, il pèse une forte obligation de conseil sur le prestataire qui doit prendre connaissance de l’existant et des besoins du client.

Le client s’engage au respect de critère de qualité dans le plan d’assurance qualité (PAQ). L’engagement de niveaux des services ou service level agreement (SLA) permet au client de mesurer le niveau de service garanti dans le PAQ.

La mise en place d’un comité de pilotage comportant les représentants des deux parties vise à mesurer la satisfaction des services apportés.

1. **Les points clés**
2. **Réversibilité**

Elle permet de poursuivre l’exécution des prestations par un client ou un prestataire tiers dans les cas suivants : arrivée du terme, résiliation du contrat pour convenance, résiliation du contrat pour faute. Il s’agit de garantir une continuité des services et d’éviter toute rupture dans la réalisation des prestations :

* En prévoyant des modalités de « transfert arrière »(ex : format de restitution, volume des transferts, conditions financières)
* En imposant au prestataire une obligation d’assistance
* En prévoyant une phase de recette.

La réversibilité s’entend également du recouvrement de la pleine capacité d’exploiter les données y compris en cas de recours à un nouveau prestataire.

1. **Non sollicitation de personnel**

La neutralisation de l’engagement de non-sollicitation ou non débauchage de personnel permet au client de reprendre les salariés affectés à la gestion de ses activités informatiques en cas de défaillance du prestataire et de fin anticipée du contrat.

1. **Accès aux données**

Les conditions d’accès au système informatique ainsi que l’intégrité, la sécurité, la confidentialité et l’archivage des données requièrent un cadre contractuel précis.

1. **Entité économique autonome**

L’article L.1214-1 du code du travail dispose « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l’employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l’entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l’entreprise. »

En matière d’infogérance, cette disposition d’ordre public trouve à s’appliquer en cas d’externalisation d’une entité économique autonome dont l’identité est maintenue avec, par conséquence, le transfert de plein droit des contrats de travail des salariés aux prestataires

Selon la jurisprudence, une entité économique est constituée d’un ensemble organisé de personnes et d’éléments corporels ou incorporels permettant l’exercice d’une activité économique qui poursuit des intérêts propres.

Un service informatique qui met en œuvre des moyens propres et tend à des résultats spécifiques répond à cette définition. L’externalisation des prestations n’emporte pas en soi transfert d’une entité économique autonome.

1. **L’ASP (Application Service Provider)**
2. **Définition**

Le contrat d’ASP ou FAH (Fourniture Service Provider) est une déclinaison du contrat d’externalisation donnant la possibilité d’utiliser des applications informatiques à distance en contrepartie d’un prix forfaitaire et/ou proportionnel à l’utilisation.

Dans un contrat d’externalisation traditionnel, le client détient un droit d’utilisation sur les logiciels et transfère les moyens matériels et/ou humains à un prestataire interlocuteur unique.

Dans le contrat ASP, le client ne dispose que d’un droit d’accès et d’utilisation de logiciels hébergés par un prestataire qui, de son coté, s’est fait concéder le droit d’usage par un éditeur. Le client évite l’achat d’une infrastructure informatique, de licences d’utilisation de logiciels et l’appel à différents prestataires pour faire fonctionner l’ensemble.

1. **Les points clés**
2. **Propriétés des logiciels hébergés**

Elle dépend du contrat conclu en amont avec les prestataires ASP et l’éditeur du logiciel. Ce contrat doit prévoir les conditions d’utilisation du logiciel en mode ASP par le prestataire d’une part et celles dans lesquelles il peut le sous-licencier au client utilisateur final d’autre part. Un régime de copropriété peut être retenu dans certains cas sur les éléments crées durant l’exécution du contrat.

1. **Réversibilité**

A l’instar de l’infogérance, le contrat doit prévoir une clause de réversibilité en cas de cessation des relations mais également ce qui demeure dans le patrimoine du client à l’arrivée du terme y compris les éléments enrichis.

1. **Le SaaS (Software as a Service)**
2. **Définition**

Le SaaS consiste en la fourniture sous forme mutualisée d’un logiciel hébergé et des services associés par le biais d’internet aux clients d’un même éditeur (cloud public) ou en sa mise à disposition sur un espace dédié (cloud privé).

L’offre SaaS se distingue de l’ASP essentiellement par sa capacité à inclure des outils personnalisation et par sa capacité à s’intégrer à l’environnement existant du client ou à d’autres programmes hébergés.

Le SaaS permet de bénéficier d’applications et de services basés sur l’usage, avec ou sans abonnement, d’une personnalisation et d’une intégration à l’environnement existant du client, d’une puissance de calcul et de stockage sans considération d’infrastructure.

Ce n’est donc pas une simple évolution de l’ASP. Elle adopte la forme d’une licence de logiciel dont le prix est fonction de la consommation (pay as you go) ou de l’utilisation de service (nombre de postes, volume des informations échangées).

Le SaaS se caractérise par des offres standards, des contrats d’adhésion et une absence d’information sur la localisation des serveurs.

Ce type d’offre est un des modèles de service du « cloud computing » informatique dans les nuages. Celui-ci répond à l’idée que l’informatique est devenue un service sans considération d’infrastructure.

Il consiste pour des entreprises à externaliser leurs ressources numériques (serveurs, logiciels de messagerie électronique, paie…) auprès de sociétés tierces et à y accéder à distance par internet.

Applications et données se trouvent dans un nuage (cloud) composé de fermes de serveurs interconnectés.

Modèles de service du cloud computing :

* SaaS software as a service = fourniture logiciel en ligne
* PaaS plateforme as a service = fourniture plate-forme de développement d’applications en ligne
* IaaS = infrastructure as a service = fourniture infrastructure de calcul de stockage en ligne.

1. Les intervenants

Le SaaS met en présence les intervenants suivants :

* L’utilisateur qui souhaite recourir à une offre SaaS
* L’éditeur du logiciel qui peut être distinct du prestataire et de l’hébergeur
* Le prestataire fournisseur de services SaaS qui le plus souvent est l’éditeur du logiciel
* L’hébergeur qui met à la disposition des data centers, des serveurs virtuels et de l’espace de stockage dès lors que l’éditeur ne possède pas d’infrastructures d’hébergement en propre.

1. **Clauses usuelles des contrats informatiques**

Parties, préambule, objet = tout contrat écrit d’affaires commence par identifier les parties. La plupart des contrats comportent un préambule et les définitions des termes employés. Ensuite indication de l’objet du contrat et les obligations de chacune des parties.

Dans contrat international, utile de préciser la langue du contrat (en ajoutant que si le texte existe en une autre langue, la version dans celle qui est désignée prévaudra).

Lorsqu’une partie à un contrat international n’est pas francophone, l’usage se répand qu’il soit rédigé en anglais. Il est donc conseillé :

* De rédiger une version française qui au mieux fera foi au même titre que la version anglaise ;
* De définir les mots clés ou de renvoyer aux incoterms 2010. Dans un contrat il convient d’indiquer la langue des correspondances.

Interdiction de sous-traitance = un contrat informatique semble être conclu intuitu personae comme tous les contrats conclus sur des prestations intellectuelles. Il n’est pas inutile de préciser par une clause spécifique d’exécution personnelle en vertu de laquelle le prestataire s’interdit de recourir à la sous-traitance même partielle sauf accord préalable et écrit de son partenaire.

1. **Quelques spécificités aux contrats informatiques**
2. **La pluralité d’interventions et d’intervenants = indivisibilité**

Lorsque les différents actes poursuivent un but commun, visent la réalisation d’une opération économiquement homogène, considérée comme un ensemble contractuel, l’existence de chaque contrat étant une condition de l’existence de l’autre. Il a été jugé que les contrats réalisant une opération économique tripartite étaient indivisibles (Com, 26 oct 1999).

La question de l’indivisibilité ou de la divisibilité devrait être stipulée dans le contrat de manière claire pour éviter tout contentieux.

Principales conséquences de l’indivisibilité ou de l’interdépendance (pour chaque point à défaut de convention en sens contraire) :

* L’obligation de délivrance n’est accomplie que lorsque l’ensemble a été réceptionné ;
* Le client est en droit de refuser le paiement relatif à l’un des contrats lorsque les prestations du second sont inexécutées (exception d’inexécution) ;
* L’annulation, la résolution, la résiliation de l’un des contrats même accessoire emporte annulation, la caducité ou la résiliation de l’autre ou des autres ;
* La cession de l’un entraine la cession de l’autre ;
* L’appréciation de la rentabilité intervient sur l’ensemble ;
* L’existence de l’absence de but (de cause) s’apprécie au regard de l’ensemble indivisible ;
* La clause compromissoire de certains contrats s’étend à tous les contrats de l’ensemble contractuel ;
* L’action en résolution est indivisible et devrait donc être intentée par tous les créanciers agissant de concert à peine d’irrecevabilité ;
* L’indivisibilité entre plusieurs conventions ne saurait priver un des cocontractants de la possibilité d’agir seul en réparation de ses préjudices personnels ;
* Sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec leur interdépendance ;
* Le devoir d’information rayonne à l’intérieur d’un groupe ;
* Les clauses d’un contrat s’interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacun le sens qu’il résulte de l’acte entier.

1. **L’obligation de conseil dans les contrats informatiques**

Depuis la réforme du droit des contrats, ce devoir d’information précontractuel (mais non de conseil) figure expressément dans le code civil à l’article 1112-1 al1er « celle des parties qui connait une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

Outre ce devoir général, les obligations d’information sont parfois devenues légales.

Le vendeur professionnel doit mettre le consommateur :

* « en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien vendu, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné » (article L.111-1,1°)
* A même de connaitre le prix du bien ou du service (article L.111-1,2°). Lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l’avance du fait de la nature ou du service, le professionnel fournit son mode de calcul (art L121-3, art L.121-4 C.consom)
* Et le délai de livraison (à défaut d’indication ou d’accord quant à la date de livraison ou d’exécution, le professionnel livre le bien ou exécute la prestation sans retard injustifié et au plus tard 30 jours après la conclusion du contrat (C. consom. art 216-1)
* Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques ou électroniques et à ses activités (C. consom art L111-1, 4°)
* Les informations portant sur le fonctionnement du contenu numérique (C.consom art. 111-1, 5°)
* Les informations relatives aux garanties légales à l’existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et autres conditions contractuelles (C. consom, art. 111-1, 5°)
* Lorsque la vente porte sur un meuble (ordinateur, imprimante), le fabricant ou l’importateur informe le vendeur professionnel de « la période pendant laquelle les pièces indispensables à l’utilisation du bien seront disponibles sur le marché » ; cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur de manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l’achat (C. consom art.111-4)
* Lors de la conclusion de tout contrat écrit, le consommateur est informé par le professionnel de la possibilité de recourir, en cas de contestation à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode de règlement (C. consom art.211-3)
* Obligation de l’auteur de la mise sur le marché d’un produit de fournir au consommateur les informations lui permettant d’évaluer les risques inhérents à lui pendant sa durée d’utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s’en prémunir.

Un décret du 17 septembre 2014 détaille les informations générales que les professionnels vendeurs de biens ou prestataires de services doivent communiquer aux consommateurs avant la conclusion du contrat ou lors de celui-ci.

En cas de litige relatif à l’application des articles du code de la consommation, il appartient au professionnel de prouver qu’il a exécuté ses obligations.

1. **Obligation de conseil de l’informaticien en tant que professionnel**

* L’obligation de conseil implique que le professionnel vérifie l’adéquation de l’offre qu’il émet à la situation de son client (TGI Paris, 26 juin 2007, Stockc/Free, un fournisseur d’accès à internet aurait dû vérifier l’adéquation de son offre, tant aux spécificités locales du lieu de connexion de son client qu’aux caractéristiques des équipements de ce dernier)
* L’obligation de conseil englobe aussi de recommander au client de modifier les structures de son entreprise et de former son personnel.
* Implique d’éclairer le client sur les conséquences des choix qu’il effectue (ex nécessité de souscrire un contrat de maintenance et d’actualiser l’installation)
* Comporte obligation de mise en garde contre les insuffisances du cahier des charges et son absence lorsque le projet est complexe

La jurisprudence considère que tout manquement à l’obligation de conseil est une défaillance contractuelle de l’informaticien alors même que la prestation aurait dû intervenir avant la conclusion du contrat

L’obligation de conseil est une obligation de résultat quant à la réalité de la délivrance des conseils. La cour de cassation indique que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d’une obligation particulière d’information doit rapporter la preuve de l’exécution de cette obligation.

* **Limite de l’obligation de conseil** = Seule l’ignorance légitime est recevable

**Complément de l’obligation de conseil**

* **Devoir de collaboration du client surtout professionnel**
* **Devoir de collaboration concrétisé par la rédaction d’un cahier des charges**

Sa rédaction est facultative mais s’il existe il a valeur contractuelle et engage les parties y compris le client.

Il énumère les grandes lignes directrices du processus d’informatisation recherché, un descriptif des applications à réaliser, les spécifications et les garanties, les types d’utilisateurs.

Le cahier des charges est rédigé, soit par l’entreprise elle-même qui désire s’informatiser ou modifier son installation surtout si elle a un CDO (chief digital officer).

Aucun formalisme n’existe en la matière, le client peut parfaitement se dispenser de rédiger un cahier des charges de manière suffisamment précise.

Toutefois le manque de cahier des charges n’exonère pas le prestataire lorsque le projet est complexe car dans ce cas il devrait refuser de s’engager.

L’ingénierie des systèmes permet d’améliorer la qualité des cahiers des charges.

Dans les méthodes dites Agile il n’y a pas de cahier des charges (ou s’il en existe il servira qu’accessoirement pour interpréter les clauses obscures du contrat). En effet la liste des desiderata du client figure dans un référentiel des fonctionnalités ou des tâches (back-log). Celui-ci évolue au fil des semaines voire des jours avec la collaboration du client notamment pour le choix de ce qui reste à accomplir. La méthode Agile permet une élaboration plus rapide du projet.

* Le fournisseur doit demander des compléments d’information
* Devoir de collaboration du client perdurant lors de l’exécution du contrat

1. **Obligation d’efficacité**

Lorsque quelqu’un recourt aux services d’un professionnel c’est parce qu’il poursuit un dessein, espère un résultat (même dans les obligations dites de moyens).

Dès lors il compte sur l’action de l’homme de l’art, sa créativité et son adaptabilité, la pertinence des choix effectués.

Aussi le professionnel a l’obligation juridique d’être efficace (sinon d’atteindre un résultat). Il doit avoir la compétence requise et une organisation lui permettant de faire face aux difficultés inhérentes à son métier prévues ou imprévues (hors cas de force majeure).

L’obligation d’efficacité est une conséquence de l’obligation de loyauté du cocontractant.

Cette efficacité se démultiplie en plusieurs sous catégories comme habilité et diligence.

L’efficacité suppose la compétence du professionnel complétée par son indépendance et de la célérité cad agir avec promptitude. Le bon professionnel accomplit les démarches dans les délais prévus ou dans un temps raisonnable.

1. **La préparation du contrat informatique**

Les contrats simples se concluent rapidement en revanche s’ils sont complexes ils nécessitent une période préalable d’études préliminaires qui se déroulent pendant le temps des pourparlers. Il en est ainsi lorsqu’une société d’une certaine importance désire s’informatiser ou modifier son informatique.

Plusieurs étapes ponctuent généralement ce parcours (car il se peut que le client connaisse exactement ses besoins et que l’informatisation ou la modification envisagées soient banales). La logique commande de commencer par envisager l’élaboration du contrat avant d’étudier les obligations des parties même si elles pèsent essentiellement sur la société informatique (entreprise de service du numérique ESN) son partenaire est tenu à certaines diligences.

1. **Ouverture des négociations**

L’ouverture des pourparlers s’opère de façon différente selon qu’est envisagé un contrat de gré à gré ou que la société soucieuse de s’informatiser ou de modifier le système existant lance un appel d’offres.

L’offre de contracter obéit à son régime actuel (art 1113s code civil) et la rupture fautive des pourparlers engage la responsabilité délictuelle de son auteur.

1. **Marché de gré à gré**

L’entreprise soucieuse de s’informatiser ou de modifier son système existant s’adresse elle-même à une société d’informatique (constructeur, distributeur, importateur ou une société spécialisée de service, une ESN (entreprise de service du numérique) anc. SSII ou une SSLL) qu’elle choisit.

Le contrat de gré à gré présente l’avantage de la rapidité par rapport à l’appel d’offres. De plus, lorsque le projet comporte des engagements au-delà de la mise en route de l’installation (formation, maintenance…) cette formule est préférable par sa souplesse et une meilleure compréhension entre les parties.

L’inconvénient est qu’il est plus onéreux que le contrat sur appel d’offres.

1. **Marché sur appel d’offres**

Après une étude préalable plus ou moins sommaire de préfaisabilité et de définition des objectifs effectuée souvent par une société de conseil (ESN) l’entreprise en mal d’informatisation lance un appel d’offres. Les candidats sont mis en concurrence. L’appel doit être maintenu pendant un délai raisonnable, à l’expiration duquel il devient automatiquement caduc.

L’appel d’offres comporte fréquemment un cahier des charges détaillé quant aux performances attendues et aux coûts.

L’appel d’offre peut être restreint cad limité à des entreprises connues auxquelles l’appelant s’adresse directement (Request for proposal RFP).

Mais l’appel d’offre peut être public un large appel à la concurrence est lancé par ex par presse spécialisée ou internet.

Il faut distinguer également l’appel d’offres pur et simple et l’appel d’offres présélection ou de préqualification avec une étape préliminaire est destinée à éliminer de but en blanc un certain nombre d’entreprises avec lesquelles l’appelant ne veut en aucun cas conclure.

1. **Réponse à l’appel**

Une réponse sérieuse à l’appel d’offres implique :

* Une première évaluation sommaire des difficultés techniques ;
* Une connaissance suffisante de ses concurrents pour prévoir grosso modo la teneur de leur réponse ;
* Dans l’hypothèse où doit s’exécuter à l’étranger une prise en compte des données juridiques et fiscales et une ouverture réelle sur le pays ;
* Une connaissance approfondie de la langue utilisée.

1. **Rupture des pourparlers**

Tant que les parties n’en sont qu’aux simples pourparlers n’ayant pas abouti à une offre véritable la rupture est en principe licite, elle n’engage pas la responsabilité de son auteur.

Pour engager la responsabilité il faut l’existence d’une faute, plusieurs éléments sont pris en considération dans l’appréciation de la faute : l’existence (ou non) de motifs légitimes de rompre : les frais engagés, l’importance et la singularité (ou non), l’état d’avancement des négociations avant la durée et la rupture…

Le dommage subi par la victime est d’abord une perte éprouvée (damnum emergens) au premier chef matériel tels que les frais engagés, liés aux déplacements, à l’aménagement de locaux, aux études effectuées.

A côté de la perte éprouvée, le gain manqué (lucrum cessans) est traditionnellement un chef de réparation.

L’obligation au secret doit être respectée même en cas de rupture des pourparlers.

1. **La rédaction du contrat informatique**
2. **Clauses relatives aux propriétés intellectuelles**

Le contrat informatique comporte parfois des dispositions relatives aux propriétés incorporelles. Cela peut être un brevet ou un droit d’auteur moins fréquent une marque, voir un dessin ou un modèle.

Le plus souvent il y aura licence de droit, plus rarement cession.

1. **Savoir-faire**

= il est possible que le contrat porte sur un simple savoir-faire (même complexe)

Ce dernier se caractérise par les 6 traits suivants = c’est une connaissance technique ou commerciale conférant un avantage économique, transmissible, secrète et non brevetée.

1. **Contrat de savoir-faire**

= l’objet du contrat de savoir-faire est d’engendrer une obligation de communication, d’enseignement du savoir-faire, c’est-à-dire une obligation de faire.

Il ne peut être protégé dans le contrat que par une clause de confidentialité et à défaut, par la responsabilité délictuelle et plus précisément par le parasitisme.

1. **Modes de transmission du savoir-faire**

= le savoir-faire est transmis de diverses manières.

Verbalement et par écrits au moyen de manuels d’instruction (bibles). Les écrits souvent remplacés ou assortis de disquettes informatiques, de cédéroms, logiciels ou moyens vidéos.

La remise de doc souvent précédée ou accompagnée de stage de formation.

1. **Sorts des perfectionnements**

= que la technique soit couverte par un brevet ou qu’elle relève du savoir-faire, il est d’usage de prévoir que les perfectionnements seront transmis de plein droit, dans telle délai et sous telle forme moyennant une rémunération particulière.

Il est conseillé de prévoir une réciprocité de cette obligation car il se peut que ce soit le client qui imagine une amélioration du procédé ou du savoir-faire

1. **Garantie contre l’éviction**

= les cessions ou licences de marques, brevets, dessins ou modèles comportent généralement une clause de garantie d’éviction contre les revendications des tiers et quant à la validité du droit de monopole temporaire accordé par l’Etat.

Garanties des vices cachés (souvent dans les contrats de vente de matériel) = trois conditions doivent être réunies pour que la garantie des vices cachés puisse être invoquée

* **L’existence d’un vice nuisible à l’usage de la chose**

= le vise consiste objectivement dans l’absence d’une qualité normalement attendue, la chose devant être propre à l’usage auquel elle est destinée du fait de sa nature (ordinateur doit fonctionner).

Le vice rend donc la chose impropre à l’usage auquel on la destine ou diminue grandement cet usage. Il peut se rapporter à des qualités techniques de la chose (fonctionnement défectueux) ou à ses caractéristiques économiques (efficacité, rendement, consommation).

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné au titre de la garantie des vices l’éditeur d’une revue contenant une disquette gratuite infectée de virus, la disquette constituant l’un des éléments du contrat de vente.

Il faut une importance dans le vice = différence avec la non-conformité sinon il n’empêche pas l’usage de la chose.

Il faut la permanence du vice = même après réparation impropre à l’usage. Ne doit pas exclure la condamnation du débiteur défaillant à des D&I pour l’indisponibilité de la chose entre la livraison et la réparation.

Toutefois l’acheteur ne peut pas invoquer la garantie lorsque le méfait lui est imputable. Notamment :

* Lorsqu’il a choisi lui-même un appareil inadapté à ses besoins
* Lorsqu’il a utilisé l’appareil sans respecter les prescriptions des fabricants
* Lorsqu’il a donné à la chose vendue un usage imprévu, à ses risques et périls sans en prévenir le vendeur.
* **Qui est caché**

= le vendeur n’est pas tenu des vices apparents et dont l’acheteur a pu se convaincre. Le vice est difficilement caché lorsque l’acheteur est un professionnel car il est à même de procéder à une vérification minutieuse.

Le vice doit être antérieur au transfert des risques. C’est à l’acheteur de prouver l’antériorité. A contrario ne donne pas lieu à garantie le défaut d’un objet d’occasion acheté en l’état.

* **Et qui est invoqué dans un délai relativement court.**

= L’acheteur à qui incombe la charge de prouver le vice doit agir dans le délai de deux ans (avant réforme de 2005 bref délai)

La durée n’étant pas d’ordre public, les parties peuvent abréger ou allonger le délai) toutefois cette possibilité est prohibée entre un professionnel et un consommateur.

Le délai ne commence à courir que le jour de la découverte du vice. Si une expertise est nécessaire pour connaitre la cause du désordre, le point de départ est alors repoussé à l’issue de celle-ci.

* **Effets de la garantie contre les vices cachés**

= la garantie contre les vices cachés peut être écartée par une clause de non garantie ou atténuée par une clause limitative de garantie (ex en fixant un plafond de l’indemnité due ou limitant son jeu dans le temps). Si celles-ci sont nulles en matière délictuelle elles sont en principe valable dans le domaine contractuel.

Toutefois inefficacité des clauses en présence d’un dol, d’une faute lourde et d’une faute inexcusable ou dans certaines circonstances lorsqu’elles excluent l’obligation essentielle.

La jurisprudence constante a déclaré inopposable à l’acheteur la clause limitative ou exclusive de garantie convenue au profit d’un vendeur professionnel = cette règle de fond est d’ordre public elle est irréfragable.

Clause est toutefois valable lorsque le vendeur de bonne foi n’est pas un professionnel ou lorsque l’acheteur est un professionnel de la même spécialité que le vendeur. Encore faut-il que le vice n’ait pas été indécelable pour l’acheteur car la présomption de connaissance de défaut n’est pas irréfragable à son égard.

= lorsque la clause limitative ou élusive de responsabilité est licite, elle se transmet aux acquéreurs successifs de la chose.

* **Effets de la garantie des vices cachés entre les parties**

= selon l’article 1644 du code civil l’acheteur auquel est due la garantie des vices cachés a le choix entre **2 options.**

* **Soit rendre la chose viciée et se faire restituer le prix (action rédhibitoire)**

= c’est l’action rédhibitoire qui anéantit le contrat (redhbibere est reddere).

L’action rédhibitoire est une variété d’action en répétition distincte d’une action en résolution puisqu’elle ne sanctionne pas l’inexécution de l’obligation du vendeur.

* **Soit garder la chose et se faire restituer une partie du prix (action estimatoire).**

= cette action est une application de la réfaction. Elle ne s’éteint pas avec la perte fortuite de la chose. La fraction du prix à restituer devra être fixée par des experts les juges du fond ne peuvent rien accorder au-delà.

Le choix entre ces deux options est discrétionnaire l’acheteur n’a pas à le justifier.

Depuis un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 19 juin 2012 l’acheteur peut aussi vouloir exercer une action indemnitaire autonome « la recevabilité de l’action en réparation du préjudice éventuellement subi du fait d’un vice caché n’est pas subordonnée à l’exercice de l’action rédhibitoire ou estimatoire de sorte que cette action peut être engagée de manière autonome ».

1. **Clauses relatives à l’audit**

= généralement les contrats de licence de logiciel comportent une clause relative à l’audit, permettant à son titulaire de vérifier par lui-même ou par un tiers indépendant, le respect par l’utilisateur du logiciel ou la concordance entre les redevances contractuelles et les redevances perçues.

Il est important dans contrat d’encadrer la teneur de la clause, ses méthodes, la liste des produits à examiner, les délais et les limites. Il est souhaitable de prévoir un délai assez long (deux mois) entre l’annonce de l’audit et sa réalisation, de déterminer qui en supportera les coûts et de fixer les conditions financières d’une régularisation en cas de découverte d’usages supérieurs à ceux convenus.

Pour être en mesure d’assister avec efficacité l’audit, le client peut s’appuyer sur un programme de gestion de ses installations logicielles (software asset management) mis à jour régulièrement associé à une gestion des contrats (contract mamagement) permettant notamment de s’assurer de la conformité de l’usage des logiciels.

Il existe 3 degrés d’audit

* **L’audit de conformité ou de régularité**

= l’auditeur examine si l’entreprise ou les services contrôlés se conforment tant aux normes internes à l’entreprise qu’aux normes externes (la réglementation). La responsabilité de l’intervenant est de résultat puisqu’il doit examiner la stricte observance des normes préétablies, tâche nullement frappée d’aléa.

* **L’audit d’efficacité ou de performance**

= l’auditeur est appelé à confronter les résultats de l’entreprise ou du service par rapport aux objectifs et apprécier les coûts et leurs qualités. Il jauge la valeur des contrôles internes, la cohérence des solutions informatiques retenues et la pertinence des contrats informatiques utilisés. La responsabilité de l’auditeur n’est que de moyen car l’analyse et l’interprétation des faits est aléatoire relevant de discernement plus que de la technique.

* **L’audit stratégique ou de direction**

= l’auditeur se charge d’apprécier les méthodes de management d’en contrôler l’application et de déterminer si les exécutants ont les moyens d’appliquer les choix de management. L’auditeur a une responsabilité de moyens.

1. **Clauses intégrant l’évaluation de la conjoncture**
2. **Clauses de sauvegarde**

* **Clauses d’adaptation et/ou de renégociation** = possible par le biais clause de dureté
* **Clause de dureté (hardship)**

= autorise les parties à demander dans des cas exceptionnels (de dureté relative) un réaménagement du contrat. Si changements intervenus indépendants de la volonté des parties telles que des fluctuations monétaires ou économiques voire la modification des règles juridiques ou fiscales bouleversent inopinément l’équilibre initial du contrat (imprévision) de façon substantielle mais que celui-ci peut être rétabli indépendamment d’une clause de révision de prix.

Il importe de préciser dans la clause que lorsque la poursuite du contrat même modifié n’apparait pas possible pour une partie, celle-ci pourra résilier le contrat après un préavis de (x) mois et après avoir communiqué les éléments permettant d’apprécier cette dureté absolue. La clause doit prévoir le mieux possible les circonstances qui enclencheront la procédure de négociation et les modalités de cette dernière. Clause de rencontre. Plus judicieux de passé par un tiers indépendant (chambre de commerce) ou juridiction étatique.

* **Clause de force majeure**

= il convient de déterminer dans le contrat ce que les parties entendent par événement de force majeure (article 1218 code civil Il y a force majeure en matière *contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

*Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles* [*1351*](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438354&dateTexte=&categorieLien=cid) *et* [*1351-1*](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032035679&dateTexte=&categorieLien=cid)*.*») et les conséquences qu’elle produit.

Cette clause peut être jugée abusive lorsqu’elle a pour objet ou pour effet de créer aux dépens du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif dans les droits ou les obligations des parties. Le décret du 18 mars 2009 considère comme abusives 12 clauses.

* **Clauses d’actualisation du prix**

Le contrat peut prévoir que le prix évoluera même dans un marché à forfait.

Il peut varier en fonction de plusieurs paramètres :

* Révisions du prix en fonction des sujétions nouvelles.

Lorsqu’au cours de l’exécution d’un contar rat, à quelque stade qu’il soit parvenu, le client demande des modifications substantielles, obligeant à reprendre les études au moins pour partie, ou impose des prestations nouvelles (fourniture logiciel supplémentaire). Il est normal que le prix soit réévalué par un avenant au contrat initial.

* Révision du prix en fonction de la variation des éléments du prix de revient ;
* Révision du prix en fonction de la variation des taux de change.
* **Clauses limitatives d’indemnisation et exonératoires de responsabilité**

= les clauses élusives de responsabilité et limitatives d’indemnisation sont nulles (pour absence de cause) lorsqu’elles contredisent l’obligation essentielle (ou fondamentale) souscrite par le débiteur.

L’article 1170 du code civil indique que « toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

Dans la vente les clauses relatives à la responsabilité sont interdites entre professionnels et non professionnels ou consommateur (clauses abusives), tandis que les clauses relatives à la garantie des vices cachés ne sont valables qu’entre professionnels de la même spécialité.

* **Clauses de renonciation**

= parfois contrats comportent une clause de renonciation à recours assortie de l’obligation pour le créancier de souscrire une assurance de sorte qu’elle ne le prive pas d’indemnité en cas de sinistre.

* **Clause d’absence de renonciation tacite**

= clause peut parfois préciser que le fait, pour une partie, de ne pas se prévaloir, à un moment donné d’une stipulation ne pourra pas être interprété comme une renonciation tacite à ses droits, de sorte qu’elle pourra ultérieurement faire valoir ladite stipulation (clause de tolérance).

1. **Clauses de limitation de dommage**
2. **Clauses sur la divisibilité, l’intégralité et l’immutabilité**
3. **Clauses de divisibilité ou d’indivisibilité contractuelle = voir supra**

Exemple de clause de divisibilité

« Si l’une des clauses du présent contrat ou de l’un des contrats annexés étaient contraire à une loi d’ordre public nationale ou internationale, seule la clause en question sera annulée, le contrat demeurant valable pour le surplus. Les parties négocieront de bonne foi la rédaction d’une nouvelle clause destinée à remplacer celle qui était nulle. Si elles ne parviennent pas à s’entendre sur cet objectif, elles chargeront un tiers, choisi selon la clause ci-dessus X de la rédiger ».

1. **Clauses d’intégralité, de complémentarité et de préséance (clause des 4 coins)**

= par la clause d’intégralité il est convenu que le contrat définitif renferme toutes les conditions et obligations que les parties ont adoptées, qu’il ne peut pas être contredit ni complété par des déclarations ou des documents antérieurs. Elle calque le negocium sur l’instrumentum.

Dans l’informatique elle est dénommée « clause des 4 coins » signifiant que les engagements des parties sont bornés par lesdits angles du contrat.

Exemple de clause d’intégralité

« La présente convention représente la totalité de l’accord des parties ; il annule et remplace tous les documents échangés et communiqués lors des pourparlers (sauf …) »ou

« Le présent contrat et ses clauses énumérées à l’article …qui en font partie, constitue l’intégralité des engagements entre les parties et établit l’ensemble de leurs droits et obligations. Il annule tous les engagements antérieurs verbaux ou écrits que les parties auraient pu souscrire quant à son objet ».

1. **Clauses d’immutabilité**

= ou de constance par laquelle il est convenu que les obligations et droits des parties subsisteront quoi qu’il arrive. Il prémunit les contractants contre le risque qu’une correspondance, une attitude un comportement soient compris comme une modification du contrat. Il faut prévoir que toute modification du contrat donne lieu à un avenant.

« le présent contrat de peut être modifié que par un écrit dûment signé par chacune des parties » ou « toute modification du présent contrat et de tout autre document s’y attachant devra donner lieu à un avenant écrit signé par les parties.

1. **Clauses sur la transparence et l’opacité**
2. **Clauses de transparence**
3. **Clauses d’opacité (clause de confidentialité)**
4. **Clauses de non-débauchage et de non-sollicitation**
5. **Clause de non-débauchage**

= le code du travail prévoit la responsabilité d’un employeur intervenant dans la rupture abusive d’un contrat de travail ou qui a embauché quelqu’un qu’il savait lié par un contrat de travail.

« Les deux parties s’engagent à ne pas proposer à un salarié de l’autre, affecté à l’exécution des prestations du présent contrat, de le prendre à son service sous quelque forme que ce soit, sauf accord préalable et écrit de son employeur. Cet engagement vaut pour toute la durée d’exécution du contrat et X années suivant la fin de celui-ci. »

1. **Clause de non-sollicitation**

= impose aux clients de l’ESN de ne pas recourir pendant un temps déterminé, aux services de ses employés, même après leur départ de l’entreprise afin d’éviter qu’ils puissent transmettre des infos ou des savoir-faire acquis en son sein.

1. **Clauses de temporalité**

= l’entrée en vigueur du contrat doit être précisée expressis verbis. Elle ne suit pas toujours immédiatement sa signature. Elle peut être soumise à une ou plusieurs conditions suspensives (financement et garanties financières obtenues, approbation par les conseils d’administration…).

La durée du contrat peut être expressément convenue avec la possibilité d’une tacite reconduction. Elle peut également être conclue à durée indéterminée avec une période minimale de X années.

=Clauses de tacite reconduction (automatic renewal) souvent dans les contrats à exécution successive comme maintenance ou livraison régulière d’appareils ou distributeurs soit à durée déterminée et que les relations commerciales se poursuivent après l’arrivée du terme fixé. Une convention à durée indéterminée se noue alors entre les parties.

1. **Clause de réversibilité (clause de retour)**

= le fournisseur doit garantir la sécurité et la confidentialité des données du client de son fait ou celui des sous-traitants qu’il introduit dans l’exécution du contrat. Il est recommandé de stipuler que l’obligation est de résultat quant à la sécurité contre l’altération ou perte des données.

Une clause de retour ou de réversibilité doit être insérée pour régir la récupération des données par client.

1. **Clauses de résiliation**

**Clauses de sortie**

* **Clause résolutoire (pacte commissoire)**

= Souvent prévu dans les contrats d’affaires internes ou internationaux une clause résolutoire (nommé pacte commissoire exprès) qui permet à une partie de résilier le contrat en présence d’une défaillance de son partenaire qu’elle qu’en soit la gravité ou de l’ouverture d’une procédure collective à son encontre voire d’une atteinte à sa réputation.

Même stipulée de plein droit la clause résolutoire doit être exercée de bonne foi, il incombe à la victime de prouver l’abus de rompre. En présence d’une clause résolutoire pour faute, le juge n’a pas à apprécier si la gravité du manquement invoqué justifie la résiliation (différence fondamentale entre la clause résolutoire et la résolution tant judiciaire qu’unilatérale).

L’existence d’une clause résolutoire dans un contrat n’interdit pas à une partie de demander la résolution du contrat pour inexécution de ses engagements pour l’autre partie.

La clause résolutoire s’imposerait aux parties, excluant ainsi la possibilité de rupture unilatérale pour manquement grave.

1. **Clauses sur la loi applicable et la compétence juridictionnelle**
2. **Clauses sur la loi applicable**

= dans les contrats internationaux les parties doivent indiquer la loi à laquelle elles souhaitent être soumises par une clause d’electio juris. Il est admis depuis arrêt de 1910 (civ, 5 déc, 1910) que le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties (principe d’autonomie).

La loi d’autonomie présente l’avantage de la sécurité et de la prévisibilité, tout en permettant aux parties d’adopter le Droit qui leur semble répondre le mieux à leurs attentes et à la logique de leur convention et d’en prévenir les conséquences économiques.

Il est conseillé d’indiquer que la loi choisie s’appliquera aux fonds mais aussi à la procédure d’arbitrage.

1. **Clauses attributives de juridiction**

= l’article 48 du code de procédure civile dispose « toute clause qui directement ou indirectement déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu’elle ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu’elle n’ait été spécifiée de façon très apparente dans l’engagement de la partie à qui elle est opposée ».

La validité d’une clause attributive de compétence territoriale suppose qu’elle permette de déterminer le tribunal choisi

S’il y a plusieurs défendeurs la clause attribuant compétence à une autre juridiction que celle du lieu où demeure l’un d’entre eux ne peut produire effet du moins si elle n’est pas opposable à tous les défendeurs et qu’il existe une indivisibilité entre les demandes formées contre eux.

Une clause attributive de compétence nulle en ce qu’elle vise la compétence territoriale conserve son effet quant à la compétence d’attribution lorsqu’elle est valable à cet égard.

1. **Clauses sur l’arbitrage et la résolution négociée des différents**
2. **Clauses d’arbitrage**

= les contrats d’affaires contiennent souvent une clause compromissoire prévoyant soit un arbitrage ad hoc soit le recours à un arbitrage institutionnel.

Les parties peuvent donner aux arbitres le pouvoir de statuer en amiables compositeurs cad avec l’obligation de trancher les litiges en équité, ex aequo et bono, sous réserve de ne pas modifier l’économie de la convention en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l’intention commune des parties.

1. **Convention de procédure participative**

La loi du 22 décembre 2010 et décret du 20 janvier 2012 instaurent une procédure de règlement des litiges inspirée du Droit nord-américain constituant une forme de recherche transactionnelle contractualisée, la procédure participative, qui apparait comme une nouveau règlement amiable assisté.

Il s’agit d’une convention conclue à durée déterminée par laquelle les parties à un différend s’engagent par un écrit précisant notamment le terme de la convention et l’objet du différend à œuvrer conjointement de bonne foi à sa résolution amiable ou à la mise en état de leur litige.

1. **Clauses de médiation**

**Contrat modificatif éventuel** = lorsque le contrat est à exécution successive et qu’une durée assez longue a été prévue, un avenant (supplementary agreement) parfois appelé protocole de recadrage ou accord de clarification peut être conclu pour modifier les effets du contrat, en cours d’exécution mais pour l’avenir.

En principe le protocole de recadrage s’incorpore au contrat initial qu’il modifie tout en le maintenant.

1. **Le contentieux informatique**

En matière de contrats informatiques les litiges trouvent le plus souvent leurs causes dans un ou plusieurs éléments suivants (accroissement des coûts, dépassements des délais, non-livraison, non recette, non collaboration, non-conformité, dysfonctionnement, défaut de performance, non-respect de la propriété intellectuelle)

**Le contentieux des contrats**

1. **La phase précontractuelle**
2. **Le principe = liberté des négociations**

La négociation est libre sous réserve de l’application du principe de bonne foi. Chaque partie peut donc s’engager avec le partenaire de son choix voire mener des négociations parallèles.

1. **Limite = rupture fautive des pourparlers**

La faute s’apprécie au cas par cas en fonction du caractère contractuel ou non des pourparlers et de la conformité du comportement des acteurs à l’exigence de bonne foi.

**= Responsabilité extracontractuelle**

La jurisprudence sanctionne la rupture fautive des pourparlers sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle de l’article 1240 CC (*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »).*

Celle-ci implique un comportement fautif dans la période précontractuelle par ex :

-Négociation conduite de mauvaise foi lorsque l’entreprise a déjà arrêté son choix tout en laissant croire à un prestataire qu’il sera retenu ;

-Rupture brutale alors que le prestataire a engagé des frais importants ;

-La réticence dolosive, le silence de l’une des parties dissimulant au cocontractant un fait qui, s’il avait été connu de lui, l’aurait empêché de contracter ou de contracter à ces conditions.

**= Responsabilité civile contractuelle**

Les pourparlers résultent d’un accord de principe par lequel les parties s’engagent à négocier de manière exclusive ou non (et non à conclure un accord). Il peut adopter la forme d’une lettre d’intention (Memorandum of Undestanding). Cet accord préalable comporte le plus souvent des dispositions particulières relatives aux informations confidentielles susceptibles d’être divulguées.

Sa rupture abusive constitue un manquement à une obligation contractuelle donnant lieu à des D&I.

1. **La phase contractuelle**
2. **Le précontentieux**

En cours de contrat, des difficultés peuvent survenir entre les parties.

Pour schématiser, le client reprochera à son fournisseur de ne pas avoir fait correctement son travail, et le prestataire reprochera à son client de ne pas régler les factures dues avec la ponctualité nécessaire, de présenter des demandes nouvelles, de manquer de patience compte tenu de la complexité de l’informatique, et de ne pas suffisamment collaborer.

Difficulté ne signifie pas que les relations entre les parties vont s’arrêter brusquement, et de l’entente parfaite au contentieux qui peut prendre plusieurs années devant les tribunaux, il existe différents moyens et méthodes de résoudre les difficultés que l’on rencontre fréquemment dans la réalisation des projets informatiques.

1. **L’exception d’inexécution**

L’exception d’inexécution est le droit qu’à chaque partie à un contrat synallagmatique, c’est-à-dire un contrat comportant des prestations réciproques, de refuser d’exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu’elle n’a pas reçu la prestation qui lui est due.  
Il s’agit d’un moyen de pression sur le cocontractant pour l’amener à s’exécuter.  
La mise en œuvre de l’exception d’inexécution n’entraîne pas la disparition du contrat, mais un simple ajournement de son exécution. Par exemple, si le prestataire n’est pas réglé de ses factures, il invoquera l’exception d’inexécution pour suspendre son service de maintenance, d’hébergement, etc.

Toutefois, moyen de pression, l’exception d’inexécution ne doit pas devenir un moyen de chantage. Le prestataire qui se prévaut de l’exception d’inexécution doit justifier d’un manquement suffisant dans l’exécution de l’obligation corrélative et doit l’invoquer de bonne foi.

L’inexécution de ses obligations par l’une des parties à un contrat doit être proportionnée à l’inexécution par l’autre partie de ses obligations et ne doit pas mettre en péril l’entreprise du cocontractant. Réciproquement, le client doit invoquer l’exception d’inexécution, c’est-à-dire le refus de paiement des prestations du fournisseur, à bon escient. Le juge peut donc être amené à contrôler, a posteriori, la validité de l’exception d’inexécution.

1. **La mise en demeure**

La mise en demeure a pour objet la constatation formelle du retard du cocontractant dans l’exécution de son obligation.

Il s’agit d’une sorte d’interpellation, par laquelle le créancier fait connaître au débiteur sa volonté d’obtenir l’exécution de l’obligation.

Concernant la forme de la mise en demeure, en matière commerciale, elle peut se faire par tous moyens, dès lors qu’il en résulte « une interpellation suffisante ».

1. **Le contentieux**
2. **Mise en jeu de la responsabilité contractuelle**

Elle suppose l’existence d’un contrat valablement formé dont les obligations n’ont pas été exécutées du fait ou de la responsabilité de l’un des cocontractants entrainant un préjudice à l’autre contractant.

1. **Exécution forcée**

Elle permet au créancier d’une obligation contractuelle inexécutée de demander au juge de contraindre le débiteur défaillant à l’exécuter.

Le juge peut ordonner l’exécution forcée en nature pour une obligation de donner (paiement d’un prix, remise d’une livraison), soit décider de convertir une obligation de faire en D&I et condamner le débiteur en paiement d’une somme d’argent par équivalent.

1. **Rupture du contrat**

Les parties ont la possibilité de rompre le contrat selon diverses modalités notamment en cas de défaillance du prestataire ou d’un refus de coopération d’un client.

* **Résiliation**

Pour les contrats à exécution successive (maintenance, hébergement) la résiliation pour l’avenir est envisageable. Elle peut être prononcée par le juge à une date déterminée ou elle est contractuelle.

* **Résolution**

La résolution du contrat détruit rétroactivement les obligations nées du contrat et replace les parties dans la situation antérieure à leurs relations contractuelles (remise de lots, remboursement).

La clause résolutoire produit des effets à condition d’avoir été déclenchée de bonne foi.

1. **La réparation du préjudice**
2. **Le préjudice en matière civile contractuelle**

Le préjudice peut être matériel ou immatériel (perte de données). Un préjudice réparable doit :

* Être certain = il entraine une perte par rapport à un état antérieur
* Être actuel = il s’est déjà réalisé. Un dommage futur est réparable que s’il est le prolongement du dommage actuel
* Être direct = le fait qui l’a causé doit en être la cause directe. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est apprécié par le juge qui peut recourir à une expertise pour le déterminer
* Porter atteinte à un intérêt légitime protégé.

1. **L’appréciation du préjudice**

Le juge évalue le préjudice à partir des éléments communiqués par les parties et, le cas échéant, d’un rapport d’expertise.

Le préjudice comporte la perte subie, et le gain manqué. La réparation du préjudice implique de replacer la victime dans une situation identique à celle qui aurait été la sienne en l’absence de préjudice.

1. **Le règlement amiable des conflits**
2. **Médiation ou conciliation**

Les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) ou en anglais means of alternative dispute resolution (ADR) désignent divers systèmes tendant au règlement des litiges autrement que par jugement.

La médiation ou conciliation fait partie de ces méthodes.

La médiation est une forme non juridictionnelle de résolution des litiges, qui permet l’intervention d’un tiers qui essayera de trouver une solution en faisant des propositions non contraignantes aux parties. Le médiateur est un facilitateur du dialogue entre les parties qui les aide à découvrir des solutions acceptables pour chacune d’elles aboutissant alors à un accord. Le médiateur peut être désigné par le juge, ou être prévu contractuellement.

La nature même de la mesure de médiation implique que chaque partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par le médiateur.  
Si une clause de médiation ou de conciliation a été prévue dans le contrat, la mise en œuvre matérielle de cette clause de médiation est un préalable obligatoire avant d’utiliser une procédure contentieuse. On peut enfermer la procédure de médiation dans un certain délai, délai qui une fois dépassé permet aux parties de reprendre leur liberté d’action sur le terrain judiciaire.

Ensuite, les parties doivent rechercher de bonne foi une solution au différend qui les oppose.  
En revanche, les parties ne peuvent pas par avance s’obliger à conclure une transaction. Même si une partie ne coopère pas de façon tout à fait loyale à la médiation, il sera difficile en pratique de sanctionner ce comportement, sans trahir la nécessaire confidentialité de la médiation.

Enfin, la clause de médiation peut être prévue indépendamment de tout litige, par exemple pour adapter le contrat à une situation imprévue.

1. **L’arbitrage en matière informatique**

Dans le cadre de la procédure d’arbitrage, le litige est soumis, par convention entre les parties à un ou plusieurs arbitres qui rendent une décision contraignante.

La convention d’arbitrage par laquelle les parties prévoient le recours à l’arbitrage prend la forme d’une clause compromissoire ou d’un compromis d’arbitrage qui soumet leur litige à des arbitres.

La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Le tribunal arbitral est composé par un ou plusieurs arbitres personnes physiques en nombre impair dont le choix est librement déterminé par les parties. La clause compromissoire doit désigner les arbitres soit prévoir les modalités de désignation.

Les arbitres sont tenus de respecter les droits de la défense et notamment le contradictoire qui implique la convocation des parties et la communication des pièces.

La sentence arbitrale acquiert autorité de la chose jugée une fois rendue.

**La responsabilité des différents acteurs**

**La responsabilité de l’administrateurs de réseaux**

**L**'administrateur de réseaux a en charge la mise en place, la maintenance et la sécurité des systèmes d'information de l'entreprise. Il cherche notamment à éviter les risques d'intrusions ou de virus, à prévenir les fuites de savoir-faire ou de fichiers clients, et à s'assurer d'une utilisation normale par les salariés des systèmes informatiques de l'entreprise. Lorsqu'il ne prend pas les mesures nécessaires à cette mission, il risque de manquer aux obligations définies dans son contrat de travail et d'engager sa responsabilité civile et pénale, tout comme celle de l'entreprise.

Pour assurer cette sécurité, il est tenu de surveiller l'usage que font les salariés de la messagerie et de l'accès à internet mis à disposition par l'entreprise. Or, cette surveillance, autrement appelée "cybersurveillance", peut également dans certains cas engager sa responsabilité. L'administrateur de réseaux est ainsi dans une position difficile, où, pour protéger les droits de l'entreprise, il risque d'outrepasser les siens.

**Responsabilité des concepteurs de solutions logicielles**

* **Les Obligations du concepteur :**

**Obligation d'information :**

Le concepteur de logiciel a l'obligation de renseigner son contractant sur le fonctionnement du logiciel pour le bon déroulement du projet.

**Obligation de mise en garde :**

Le client doit être informé des différents risques liés à un projet et des éventuelles difficultés inhérentes à celui-ci.

**Obligation de conseil :**

Tenir compte des besoins du client et répondre à ses attentes en proposant des solutions le plus adapté possible

Obligation de délivrance :

Le concepteur doit mettre à disposition du client un logiciel dont il est libre d'utiliser.  
2 étapes de délivrance :

* Recette unitaire :

Phase durant laquelle le client et le concepteur testent les fonctionnalités et règles les divers ajustements.

* Recette fonctionnelle :

Validation définitive par le client des fonctionnalités, livraison et paiement.  
  
**=> Responsabilité contractuelle du concepteur :**

Si un litige apparait entre les deux cocontractants la responsabilité du concepteur est mise en cause si :

* Le client prouve qu'une obligation n'a pas été exécutée (non-délivrance dans les temps, coûts dépassés).
* Une non-conformité des prévisions (coût des serveurs sous-estimés par le concepteur au départ).
* Lien de causalité entre le dommage et la faute.

**L’intégrateur de solution informatique n’est tenu qu’à une obligation de moyens.**

**Cour d’appel de Paris, Pôle 5, Chambre 10, Arrêt du 20 mars 2017, Répertoire général nº 15/11363**

Le contrat d’intégration d’un progiciel ne peut être qualité de contrat clé en mains en l’absence de fourniture du matériel ni être soumis à une obligation de résultat dès lors que l’installation nécessite la collaboration et implication des équipes du client, susceptibles d’affecter l’adéquation de la solution proposée à ses besoins.

Une société souhaite mettre en place un ERP (Enterprise Resource Planning) et fait réaliser par un assistant à maitrise d’ouvrage un cahier des charges reflétant ses besoins. Elle contractualise fin 2010 avec l’intégrateur d’un progiciel et dès février 2011 des difficultés apparaissent, liées à la mise en place d’une fonctionnalité jugée essentielle par le client.

Le client assigne son prestataire en novembre 2012 devant le tribunal de commerce de Paris, lui reprochant d’avoir failli à son obligation d’exécuter le contrat informatique, obligation de résultat s’agissant d’un contrat clé en main, en ne livrant pas un produit adapté à ses besoins, et à son devoir de conseil et son obligation de mise en garde sur la possible inadaptation du système proposé et le possible dépassement des délais. Le client poursuit également l’éditeur sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour avoir recommandé un intégrateur incompétent et commis une faute en approuvant la solution technique proposée par l’intégrateur en réponse au cahier des charges et en participant à un développement infructueux en encourageant sa poursuite.

L’intégrateur fait état de demandes nouvelles au cours du projet non exprimées dans le cahier des charges qui n’ont pu être contenues dans la version standard du logiciel, et du manquement par le client à son obligation de collaboration relativement aux besoins exprimés et aux résultats attendus.

Les premiers juges déboutent le client de l’ensemble de ses demandes et le condamne à payer le solde des factures considérant que l’intégrateur n’avait pas manqué à son obligation de moyen et que l’éditeur qui n’était pas sorti de son rôle, intervenant en simple appui de son partenaire intégrateur, n’avait commis aucune faute en raison de l’absence de vice rendant le progiciel impropre à l’usage auquel il était destiné**.**  Le jugement entrepris sera confirmé.

La cour d’une part exclut la qualification de « contrat clé en main » du contrat d’intégration car la qualification impose au prestataire d’assurer la maîtrise totale c’est-à-dire fournir non seulement des prestations d’édition, d’installation et de formation relatives au logiciel mais également la fourniture du matériel spécifiquement conçus par le client formant un tout indissociable.

La cour d’autre part exclut toute obligation de résultat : « l’obligation de l’intégrateur ne peut pas être une obligation de résultat dès lors que l’installation du système informatique nécessite dans sa mise en œuvre, une collaboration et une implication des équipes du client dans la transmission dans la transmission des données nécessaire au paramétrage et dans la validation de chaque étape, susceptibles d’affecter l’adéquation de la solution proposée aux besoins du client. L’intégrateur de solution informatique n’est tenu qu’à une obligation de moyen dans l’exécution de ses prestations et non à une obligation de délivrance. » Cette obligation de moyen était d’ailleurs précisée dans les conditions générales du contrat.

La cour relèvera que le rôle de l’intégrateur est d’installer le progiciel en paramétrant certains éléments en fonction des besoins de son client dans la limite de ce qu’offre la version standard du progiciel. Il n’agit pas en qualité de développeur. Les besoins exprimés le client se sont affinés au fur et à mesure du projet et il n’a pu démontrer que la solution, plus large que la seule fonction « manquante », était inadaptée. Il est établi en revanche que l’intégrateur s’est efforcé de mener à bien le projet ERP tel que souhaité par sa cliente avec la mise en place de la version standard de la solution et en sollicitant de l’éditeur du progiciel les modifications de celui-ci en vue de répondre aux nouvelles demandes de sa cliente.

Enfin, quant à l’éditeur, il n’était pas engagé à l’égard du client sur le résultat attendu par ce dernier au regard de ses propres besoins, il avait pour obligation de fournir un progiciel exempt de vice et non une obligation de délivrance ni de conseil relativement à la préconisation de la solution acquise.

Relevons que l’intégrateur n’obtiendra pas de dommages et intérêt pour manque à gagner, ni du fait de la brutalité de la rupture du contrat ne justifiant pas de son préjudice.

**DERRIENNIC ASSOCIES**

**LES CERTIFICATIONS AFNOR**

ISO 27001 est une certification adaptée aux prestataires qui souhaitent rassurer leurs clients sur la gestion de la sécurité des informations qui leur sont confiées par la pertinence des mesures mises en place. C’est un gage de confiance pour la préservation de la confidentialité, la disponibilité et l’intégrité des données. De nombreux fournisseurs de cloud appliquent ces règles. ISO 22301 est une certification de la continuité d’activité, qui apporte des garanties sur la disponibilité des données et qui est également adaptée à l’activité des fournisseurs de cloud. La qualification « SecNumCloud » de l’ANSSI est depuis peu disponible et dédiée aux acteurs du cloud voulant valoriser leur fort investissement en moyens organisationnels et techniques. Le niveau de service attendu à délivrer par le fournisseur de cloud est exigeant et notamment adapté à la sensibilité des données des OIV et de l’administration. Par ailleurs, certains secteurs réglementés, tel que celui de la santé par exemple, sont soumis à des obligations légales. Les hébergeurs de données de santé à caractère personnel, dont une grande partie est fournisseur de cloud, mais également les info géreurs associés, doivent être certifiés selon les exigences du référentiel HDS (Hébergeur de Donnée de Santé), basé à 80 % sur l’ISO 27001.

Sources :

-« RGPD : la protection des données à caractère personnel », Aurélie Banck, Gualino, 2e Ed° ;

-« Cyberdroit : le droit à l’épreuve de l’internet », Christiane Féral-Schuhl, Praxis Dalloz, 7e Ed° ;

-Droit des logiciels, David Forest, Gualino,

-Guide juridique des contrats informatiques, Jérôme Debras, ENI Ed°, 2e Ed° ;

-Droits et expertises des contrats informatiques, Hubert Bitan, Lamy Collection, 2e Ed°

- Contrats du numérique : informatiques et électroniques, Philippe Le Tourneau, Dalloz Référence, 10e Ed°

-Servicepublic.fr