

N° 310 – Rédiger un contrat de prestations informatiques

Date de fraîcheur : 19 Avril 2024

David Forest

Juriste

Maître de conférences associé à l'université Panthéon-Sorbonne, habilité à diriger des recherches

Chercheur associé au CERDI (Paris Saclay)

Aperçu rapide

1. Éléments clés

Les prestataires informatiques sont principalement des sociétés de service en ingénierie informatique (SSII) intervenant dans le cadre d'un contrat de licence, d'achat ou de mise en œuvre d'un projet informatique requérant conseil et assistance.

Les contrats relatifs à l'informatique sont des contrats spéciaux dont les mécanismes empruntent au droit commun. La technicité des prestations et la diversité des intervenants peuvent conduire à l'élaboration de montages complexes.

Ce sont souvent les prestataires qui proposent leur contrat type à leur futur client, ceci est particulièrement le cas en matière d'infogérance et d'*outsourcing*.

Attention : L'infogérance consiste à externaliser, auprès d'un prestataire et sous sa responsabilité, tout ou partie du système informatique d'une société, avec ou sans délocalisation, parfois pour une durée de plusieurs années. L'éventail des prestations associées est relativement vaste (assistance, maintenance, hébergement...). L'infogérance permet ainsi au client de se concentrer sur son « cœur de métier ».

La notion d'externalisation (« *outsourcing* » en anglais) est plus large que celle d'infogérance et concerne des domaines autres que l'informatique (ex. : maintenance d'une usine).

2. Textes

- C. civ., art. 1222-1, al. 1er (obligation d'information pré-contractuelle) ;
- [C. civ., art. 1132 à 1136](#) (erreur) ;
- [C. civ., art. 1137 à 1139](#) (dol) ;
- [C. civ., art. 1231-5 \(clause pénale\)](#) ;
- [C. civ., art. 1231 à 1231-7](#) (dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire et réparation du préjudice en matière contractuelle) ;
- [C. civ., art. 1186 \(indivisibilité\)](#) ;
- [C. civ., art. 1195 \(imprévision\)](#) ;
- [C. civ., art. 1199 \(effet relatif des conventions\)](#) ;
- [CPI, art. L. 122-6-1 \(droit de modification\)](#) ;
- [C. trav., art. L. 1224-1 \(transfert des contrats de travail\)](#).

3. Bibliothèque LexisNexis

3.1. Fascicules JurisClasseur

- JCl. Civil Code Formulaire, fasc. 4400

3.2. Revues

- P. Langlais et J. Guilloux, Contrats informatiques. Un an de jurisprudences de contrats informatiques : [Comm. com. électr. 2023, étude 9](#)
- A. Meillassoux, Point sur les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats informatiques : [Comm. com. électr. 2021, prat. 14](#)
- Ch. Caron, Pour une définition large et contemporaine du logiciel : [Comm. com. électr. 2019, étude 1](#)
- O. Dorchies, La clause pénale dans les contrats informatiques et télécoms : [Comm. com. électr. 2014, prat. 11](#)
- Y. Bismuth, Les clauses-types dans les contrats informatiques – le surgelé contractuel ! : *Comm. com. électr.* 2008, étude 39
- B. May, Contrats Informatiques – Gare au Charivari des Licences de logiciel : [JCP E 2004, 827](#)

Préparation

1. Informations préalables

Les parties sont tenues à un devoir général d'information précontractuel portant sur l'information dont elles ont connaissance, d'une part, et qui a une importance déterminante pour le co-contractant, d'autre part ([C. civ., art. 1112-1](#)).

L'expression des besoins de l'entreprise est formalisée dans un document de cadrage (justification du projet, objectifs à atteindre, bénéfices attendus) et dans un cahier des charges (ou d'expression des besoins des utilisateurs).

En amont de la rédaction du contrat de prestation informatique, il convient de :

- prendre connaissance du document de cadrage ;
- s'assurer de la volonté de l'entreprise de recourir à un appel d'offre ou de négocier de gré à gré ;
- connaître les intentions du prestataire quant à la réalisation du projet informatique qui lui a été confié par l'entreprise (demander le cas échéant une copie du cahier des charges).

Attention : Le prestataire doit s'engager sur :

- le budget ;
- la charge de travail ;
- les délais.

Il a un devoir de conseil au stade de la formalisation des besoins de l'entreprise.

Attention : Le prestataire est tenu envers son client profane d'un devoir d'information et de conseil, qui l'oblige à se renseigner préalablement sur ses besoins et à l'informer des contraintes techniques de l'installation qu'il propose ([Cass. 1re civ., 2 juill. 2014, n° 13-10.076](#) : [JurisData n° 2014-015180](#)).

L'absence d'information sur la sécurité d'un équipement, notamment sur la nécessité de mise à jour des logiciels, des évolutions techniques de l'installation et de la nécessité de changer ses mots de passe, constitue un manquement à l'obligation de conseil du prestataire ([CA Versailles, 12e ch., 25 mars 2014, n° 12/07079](#)). Il appartient au prestataire d'attirer l'attention de son client sur le périmètre précis des sauvegardes menées, la mention générale du contrat pouvant légitimement laisser à penser qu'une certaine catégorie de données était incluse. En conséquence, le contrat est résolu pour manquement du prestataire ([CA Paris, 25 nov. 2022, n° 21/05032](#)).

Un client peut ne pas être considéré comme profane s'il dispose d'un département informatique étoffé. Dans ce cas, il est en mesure d'apprécier les risques et enjeux d'un projet, ce qui a pour conséquence, le cas échéant, d'atténuer ou écarter la responsabilité du prestataire ([CA Poitiers, 1re ch. civ., 25 nov. 2011, n° 10/00285](#) : *Expertises* 2012, p. 73-77, n° 366).

Le client acquiert la qualité de « *professionnel averti* » dès lors qu'il dispose de « *moyens d'information lui permettant d'apprécier les risques encourus* » ([Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-13.002](#) : *Expertises* 2013, p. 317-320).

La sanction du non-respect de l'obligation d'information est désormais visée à l'[article 1112-1 du Code civil](#).

2. Inventaire des solutions et éléments de décision

2.1. Choix du prestataire

Le client peut recourir à un consultant indépendant pour l'expression des besoins et le choix du prestataire.

En toute hypothèse, le choix du prestataire doit être précédé des étapes suivantes :

- rédaction du cahier des charges ;
- étude préalable/de faisabilité ;
- appel d'offre (le cas échéant) ;
- examen des propositions détaillées ;
- examen des contrats.

2.2. Phase précontractuelle

2.2.1. Prérequis

Le client doit établir une liste des prérequis qui :

- cristallisent les points clés de la relation client/prestataire ;
- doivent figurer dans le contrat (ex. : obligation de résultat, délais de livraison impératifs, garantie de la compatibilité ascendante des paliers logiciel...).

2.2.2. Négociation et lettre d'intention

La négociation du contrat permet aux parties d'aménager leurs obligations et, le cas échéant, d'aboutir à un équilibre des intérêts satisfaisant.

La signature d'une lettre d'intention/protocole d'accord/*memorandum of understanding* peut se substituer à la négociation ou venir en complément.

Attention : Ce document porte une intention, quelle qu'en soit la forme (offre, proposition ...). Il contient en général un accord commercial de principe :

- au minimum : un engagement de négociier ;
- au maximum : un contrat ferme.

La lettre d'intention est à distinguer de l'offre de contrat par une partie dont les termes sont déjà définis et exprimés. L'autre partie doit accepter cette offre dans le délai imparti pour que le contrat soit valablement formé.

Remarque : Prévoir que les parties sont libres de cesser leur négociation, notamment si elles ne sont pas parvenues à un accord satisfaisant.

À cette fin, insérer :

- une date butoir ;
- une clause de confidentialité (ou « *non disclosure agreement* ») ;
- une clause de « *peine et soins* » par laquelle une indemnité forfaitaire est éventuellement octroyée au prestataire.

Réalisation – Mise en œuvre

1. Clauses communes à tous les contrats de prestation informatique

1.1. Responsabilité du prestataire

Dans le cadre des négociations préalables, l'aménagement de l'étendue de la responsabilité des parties constitue le plus souvent le nœud des discussions.

Conseil : L'[ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016](#) n'a pas conservé la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat.

Le droit des dommages et intérêts résultant de l'inexécution par le débiteur de l'obligation est régit par l'[article 1231-1 du Code civil](#).

En conséquence, le seul constat de l'inexécution contractuelle sans considération de la faute du créancier, permet d'engager la responsabilité du débiteur, ce qui marque une proximité avec l'ancienne obligation de résultat.

Seule la force majeure est exonératoire de responsabilité.

1.2. Dispositions relatives à la qualité des services

Le Plan qualité service (PQS)/plan d'assurance qualité (PAQ) est une convention de service définissant notamment les indicateurs de service et les pénalités associées (admission d'indisponibilité de 2 à 10 % selon les secteurs).

Sa mise en œuvre suppose d'établir des critères objectifs de mesure de performance (mesurables et auditables).

1.3. Obligation de conseil et collaboration

L'obligation de conseil et d'information du prestataire provient du devoir de coopération qu'implique la négociation ([C. civ., art. 1112, al. 1er](#)) et l'exécution de bonne foi des conventions ([C. civ., art. 1104](#)). L'obligation de coopération s'impose, en toutes circonstances, aux parties de sorte qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit expressément stipulée dans les documents contractuels du prestataire informatique ([Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26.230](#)).

Cette obligation se décline également en obligation :

- de renseignement (s'informer le plus précisément des besoins et de la volonté du client) ;
- de mise en garde, qui peut aller jusqu'à l'obligation de dissuader le client voire de refuser les termes de la mission.

Elle supporte un tempérament tenant notamment à la nécessaire collaboration du client avec son prestataire. En effet, la réussite de la plupart des projets repose sur une réelle coopération entre les parties. La jurisprudence rappelle que si le prestataire est tenu d'une obligation de conseil de moyens, le corolaire est le devoir de collaboration du client qui doit exposer correctement ses besoins et valider dans des délais raisonnables.

Attention : Le fournisseur de solutions informatiques n'est pas exonéré de son obligation de conseil, de mise en garde et de délivrance conforme à l'égard de son client professionnel de l'informatique. Il doit en tout état de cause s'assurer que son client « *dispose d'une compétence lui donnant les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause* » au risque de devoir réparer le préjudice subi par son client et que la résiliation judiciaire du contrat soit prononcée ([CA Paris, pôle 5, ch. 11, 17 nov. 2017, n° 15/20024](#)).

En revanche, il n'appartient pas à un professionnel d'éclairer ses clients sur les produits de la concurrence ([Cass. com., 12 nov. 1992, n° 91-12.600 : *JurisData* n° 1992-002538](#)).

1.4. Clause pénale

Elle permet de palier aux difficultés de l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts comme aux contestations ultérieures.

La clause pénale :

- doit faire l'objet d'une mention expresse ;
- adopte la forme d'une d'indemnité forfaitaire prévue conventionnellement ;
- ne peut être inférieure, égale ou supérieure au montant effectif du préjudice subi par le client en cas de défaillance du prestataire.

Elle répond à une double finalité :

- réparer le dommage subi ;
- exercer une contrainte sur le prestataire qui ne s'exécute pas en lui imposant une peine privée.

Attention : Cette clause adopte systématiquement un caractère coercitif et comminatoire.

Elle présente toutefois une menace pour l'exécution du contrat dès lors que son montant est inférieur au bénéfice que le prestataire compte retirer de l'exécution du contrat. C'est pourquoi, le législateur a donné au juge le pouvoir de la réviser lorsque la pénalité est « *manifestement excessive ou dérisoire* » ([C. civ., art. 1231-5](#)).

Retour d'expérience : En pratique, il est rare que les tribunaux rehaussent le montant de pénalités dérisoires. En revanche, ils sont souvent conduits à réduire des pénalités manifestement excessives.

1.5. Pénalités de retard

Les pénalités sanctionnent un retard dans l'exécution des prestations par rapport aux délais d'exécution prévus au calendrier annexé au contrat.

Le contrat peut prévoir :

- que tout retard du fait du prestataire libère le client de tout engagement ;
- un droit au versement d'indemnités au client.

Les modalités de calcul des pénalités doivent être prévues contractuellement :

- à partir d'un certain délai ou en jours ouvrés ou calendaires ;
- de façon forfaitaire et/ou ;
- correspondre à un pourcentage du montant de la prestation réalisée dont l'assiette doit être déterminée.

Remarque : L'intérêt du client est de préciser que :

- les pénalités n'ont qu'un effet coercitif et comminatoire ;
- le règlement de ces pénalités ne constitue pas la réparation d'un quelconque préjudice.

Il lui est alors possible de réclamer la réparation de l'entier préjudice du fait du retard de son cocontractant indépendamment de la perception des pénalités.

Retour d'expérience : En cas de conflit, le juge incline, le plus souvent, dans le sens d'un effet libératoire du règlement des pénalités, assimilant la clause de pénalités de retard à une clause pénale au sens de l'[article 1231-5 du Code civil](#).

1.6. Clauses limitatives de responsabilité

Les clauses limitatives de responsabilité sont inefficaces dans les cas suivants :

- faute lourde et/ou ;
- manœuvre dolosive et/ou ;
- manquement à une « *obligation essentielle* », i.e. qui permet d'atteindre, selon la jurisprudence, « *l'objectif final du contrat* ».

Attention : L'application de la notion « *d'obligation essentielle* » aux prestataires informatiques a pour effet d'augmenter substantiellement leurs risques en cas de litige portant sur l'inexécution d'une telle obligation.

Attention : La clause aménageant la responsabilité est privée d'efficacité à condition de contredire l'obligation essentielle, i.e. la vider de sa substance ([Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : JurisData n° 2010-010628](#)). La notion d'obligation essentielle n'étant pas définie par la loi, il appartient au juge de l'apprécier cas par cas ([Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-22.734 : JurisData n° 2020-000479](#)). La clause limitative de responsabilité prévue dans un contrat non négociable de migration de données est réputée non écrite car conduisant à une indemnisation dérisoire eu égard à la perte de données reprochée au prestataire ([CA Limoges, 15 juin 2022, n° 21/00432](#)).

Retour d'expérience : La jurisprudence considère que la clause limitative de responsabilité n'est pas opposable dès lors que le contrat qui la stipulait est éteint.

1.7. Groupe de contrats

L'intérêt de la théorie des « *groupes de contrats* » est de faire apparaître le lien qui unit les divers contrats impliqués dans un même projet.

L'indivisibilité contractuelle prévue à l'[article 1186 du Code civil](#) est caractérisée lorsque les différents actes s'inscrivent dans « *un ensemble complexe et indivisible* » ([Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-11.688](#)).

Remarque : Une clause de divisibilité peut dissocier le sort des différents contrats afin que la validité de l'un ne soit pas affectée par celle d'un autre.

À l'inverse, la conclusion d'un contrat unique avec l'ensemble des intervenants d'un projet (intégrateur, éditeur...) permet de caractériser l'indivisibilité d'un ensemble contractuel ([JCI. Commercial, fasc. 322](#)).

La Cour de cassation fait toutefois prévaloir la réalité économique en décidant que des contrats prétendument autonomes sont en fait interdépendants dès lors qu'ils poursuivent le « *même but* » et n'ont aucun sens indépendamment les uns des autres. Il en est ainsi lorsque l'interdépendance repose sur une cause commune : poursuite d'un même but, conclusion pour une durée et un montant identiques, et signature le même jour (*T. com. Paris, 19e ch., 6 nov. 2013 : Expertises 2013, p. 429-433*).

Attention : Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une location financière sont interdépendants. Les clauses contraires sont réputées non-écrites ([Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 : JurisData n° 2013-009388](#)).

La qualification de l'indivisibilité est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ceux-ci sont tenus de rechercher :

- la commune intention des parties de rendre leurs accords indivisibles, même si une clause prévoit l'indépendance des contrats ([Cass. 1re civ., 28 oct. 2010, n° 09-68.014 : JurisData n° 2010-010628](#)) ;
- la contradiction d'une telle clause avec « *l'économie générale du contrat* » ([Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-19.793 : JurisData n° 2000-000488](#)).

La faculté de se prévaloir de l'indivisibilité est refusée si la résiliation du contrat principal est intervenue aux torts du demandeur ou si celui-ci y a procédé de manière abusive ([CA Paris, pôle 5, 30 sept. 2011, n° 09/15758, CBC c/ Selligent](#)).

1.8. Clauses permettant de réviser le prix dans le temps

Depuis l'[ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016](#), si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ([C. civ., art. 1195, al. 1er](#)).

Des clauses permettant de réviser le prix dans le temps, hors des prévisions de l'[article 1195 du Code civil](#), peuvent être prévues par la partie qui ne souhaite pas maintenir le prix à l'identique durant toute la durée du contrat :

- **clause d'indexation** : elle a pour limite l'[article L. 112-2 du Code monétaire et financier](#) (interdiction d'indexation sur le SMIC, niveau général des prix ou sur les prix de biens, produits et services sans rapport avec l'objet du contrat) ;
- **clause de benchmark** : elle permet l'ajustement financier du contrat à échéance régulière en fonction des prix pratiqués par les concurrents du prestataire ;
- **clause de hardship** : elle concerne essentiellement les contrats internationaux et prévoit une renégociation en cas de bouleversement des conditions économiques du contrat ou une sortie du contrat.

2. Spécificités de chaque contrat de prestation informatique

2.1. Contrat de licence

Un éditeur concède, à titre exclusif ou non, un droit d'usage ou d'utilisation :

- soit sur un logiciel spécifique élaboré dans le cadre d'un contrat de développement pour répondre aux besoins précis du client ;
- soit sur un progiciel dont il conserve les droits de propriété intellectuelle.

2.1.1. Périmètre des droits cédés

Le contrat doit délimiter le droit d'usage concédé dans des termes clairs et précis. À défaut, l'utilisateur peut se retrouver « *contrefacteur* » en cas d'utilisation non autorisée.

Attention : Le droit exclusif de distribution d'une copie de logiciel couverte par une licence « *s'épuise* » de sorte que le titulaire du droit qui a commercialisé une copie sur le territoire d'un État membre de l'UE, ne peut plus invoquer son monopole d'exploitation pour s'opposer à la revente de cette copie y compris en cas de téléchargement, i.e. lorsque l'exemplaire est « *dématérialisé* » sans support physique ([C.JUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp](#)).

2.1.2. 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 revendication de ces droits par un tiers.

2.1.3. Sous-licence

Le client doit, si besoin, veiller à obtenir l'autorisation expresse :

- d'accorder des sous-licences ;
- de pouvoir utiliser le progiciel pour tous ses clients ;
- se réserver la possibilité de réaliser autant de copies que de postes de travail.

2.1.4. Logiciel libre ou « open source »

Le logiciel libre utilise les mécanismes du droit d'auteur.

Il n'est pas libre de droits et, par conséquent, n'appartient pas au domaine public.

La modification du programme, sous condition d'originalité, peut donc conférer la qualité d'auteur à l'utilisateur.

Une œuvre libre est par nature destinée à être modifiée par des tiers, ce qui multiplie les risques d'atteintes au droit moral, perpétuel, inaliénable et incessible.

Attention : Les licences libres contiennent, le plus souvent, des clauses exonératoires de responsabilité du fait de dommages causés par le logiciel ou dus à l'utilisation d'une œuvre.

La jurisprudence reconnaît désormais un plein effet aux clauses conclues entre professionnels, excepté en cas de faute lourde, mais pas entre un professionnel et un consommateur non-professionnel.

Retour d'expérience : Peut être sanctionnée une société qui n'a pas respecté la licence GNU GPL sous laquelle était placé le logiciel libre qu'elle avait installé chez un client ([CA Paris, 16 sept. 2009, n° 04/24298](#)).

2.2. Contrat de maintenance (ou de support)

La maintenance consiste à conserver en état de fonctionnement continu un matériel informatique ou un logiciel au moyen de :

- vérifications ;
- entretiens ;
- réparations.

Il s'agit, le plus souvent, d'un contrat type associé à un contrat principal de fourniture ou de location, ceux-ci formant un ensemble contractuel indivisible ou groupe de contrats. À défaut, la maintenance est dite « autonome ».

Retour d'expérience : Le droit de modification est expressément reconnu à l'utilisateur afin d'assurer une utilisation normale du logiciel ([CPI, art. L. 122-6-1](#)). L'utilisateur légitime peut procéder à sa décompilation afin de corriger des erreurs dans la mesure nécessaire à ces corrections et dans le respect des conditions contractuelles éventuellement applicables ([C.JUE, 6 oct. 2021, aff. C-13/20](#)).

Dans la pratique, et dès lors que les éventuelles corrections et réparations nécessitent d'avoir 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.

Attention : Des contrats de licence de progiciel, d'intégration et de maintenance qui poursuivent un même but, et n'ont pas de sens indépendamment les uns des autres, doivent être considérés comme interdépendants.

En conséquence, la résolution du contrat principal entraîne celle du contrat de maintenance.

Remarque : Le contrat peut prévoir utilement :

- le séquestre des codes sources et leur accès en cas de défaillance du prestataire et leur mise à jour au fur et à mesure de la maintenance ;
- une clause de résiliation propre au contrat de maintenance indépendamment de la résiliation du contrat principal ;
- un procès-verbal de réception qui permet de constater le bon achèvement de l'intervention et de prévenir toute contestation, notamment lorsque le mainteneur s'est engagé à une obligation de résultat (sur un taux de disponibilité, par exemple).

2.3. Contrat d'hébergement

La prestation d'hébergement comprend :

- la location d'un espace sur les serveurs d'un prestataire appelé « hébergeur » ;

- la mise à disposition de capacités de traitement ;
- le cas échéant, d'autres services (mesure d'audience, administration technique, sauvegardes, protections anti-virus, mises à jour...).

Elle adopte le plus souvent la forme d'un contrat de location dont le prix forfaitaire peut donner lieu à un complément en cas de dépassement de volume du trafic.

Remarque : Le contrat peut prévoir utilement une clause de réversibilité permettant à tout moment le transfert du service, et notamment la migration sans frais du nom de domaine, sur le serveur du nouvel hébergeur.

2.4. Contrat de fourniture et d'intégration d'un Entreprise Ressource Planning (ERP)

L'ERP désigne généralement un logiciel standard, adapté aux besoins de l'entreprise au moyen d'un paramétrage, de développements spécifiques et de prestations d'intégration après reprise de ses données existantes (migration).

Attention : L'ERP ne peut être utilisé qu'une fois adapté aux besoins et activités de l'entreprise, ce qui implique :

- une collaboration étroite à tous les stades du projet ;
- une formalisation très précise des attentes et objectifs à atteindre sous la forme d'un cahier des charges. La jurisprudence rappelle que le client doit participer activement à la détermination de ses besoins en mettant à sa charge une obligation de collaboration renforcée.

Remarque : Des développements spécifiques sont généralement élaborés en fonction des « écarts » constatés par rapport aux besoins exprimés. Le contrat doit donc définir précisément les droits du client sur ces développements dont le prestataire peut vouloir conserver la propriété.

2.5. Contrat d'Infogérance ou « Facilities Management »

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.

Le contrat d'infogérance présente les caractéristiques suivantes :

- le contrat est conclu *intuitu personae* (la personne du prestataire est déterminante pour le client) ;
- le prestataire est un tiers à la société cliente ;
- le contrat est exécuté sous la responsabilité du prestataire.

2.5.1. Obligation de conseil du prestataire

À l'instar des autres contrats informatiques, une forte obligation de conseil pèse sur le prestataire qui doit prendre connaissance de l'existant et des besoins du client.

2.5.2. Niveaux de service et de qualité

Le prestataire s'engage au respect de critères de qualité dans « le plan d'assurance qualité » (PAQ).

L'engagement de niveaux de services ou « *Service Level Agreement* » (SLA) permet au client de mesurer le niveau de service garanti dans le PAQ.

2.5.3. Comité de pilotage

La mise en place d'un comité de pilotage (« *Steering Committee* ») comportant les représentants des deux parties vise à mesurer la satisfaction des services apportés.

2.5.4. Réversibilité

La clause de réversibilité vise à faciliter la reprise, par le client ou un autre prestataire, des activités informatiques externalisées en cas de :

- disparition du prestataire ;
- d'inexécution du contrat ;
- d'arrivée du terme.

Il s'agit de garantir la continuité des services et d'éviter toute rupture dans la réalisation des prestations en :

- prévoyant les modalités de transfert arrière ;
- imposant au prestataire une obligation d'assistance.

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 (TGI Nanterre, réf., 30 nov. 2012, UMP/Oracle).

2.5.5. Non-sollicitation de personnel

La neutralisation de l'engagement de non-sollicitation, ou non débauchage de personnel, doit permettre 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.

2.5.6. 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.

Attention : L'[article L. 1224-1 du Code du travail](#) trouve à s'appliquer en cas d'externalisation d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue, avec pour conséquence le transfert de plein droit des contrats de travail des salariés au prestataire.

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* » ([Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451](#) : [JurisData n° 1998-003136](#)).

Un service informatique qui met en œuvre des moyens propres et tend à des résultats spécifiques répond à cette définition.

2.6. Contrats ASP (« *Application Service Provider* ») et SaaS (« *Software as a Service* »)

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 côté, s'est fait concéder le droit d'usage par un éditeur.

L'offre **SaaS** consiste en la fourniture mutualisée d'un logiciel à distance, par le biais d'internet, aux clients d'un même éditeur, chacun pouvant en bénéficier sous une forme personnalisée.

Cette solution se distingue de l'ASP essentiellement par sa capacité d'inclure des **outils de personnalisation** et de s'intégrer à l'environnement existant du client ou à d'autres programmes hébergés.

Elle prend la forme d'une licence de logiciel dont le prix est fonction de la consommation (*on demand*) ou de l'utilisation du service (nombre de postes, volume des informations échangées).

2.6.1. Réversibilité

Les contrats ASP et SaaS doivent prévoir :

- une clause de réversibilité en cas de cessation des relations ;
- ce qui demeure dans le patrimoine du client à l'arrivée du terme, y compris les éléments enrichis.

2.6.2. Propriété des logiciels hébergés

La propriété des logiciels hébergés dépend du contrat conclu en amont entre le prestataire ASP et l'éditeur du logiciel. Un régime de copropriété peut être retenu dans certains cas sur les éléments créés durant l'exécution du contrat.

La propriété des éléments créés aux fins de personnaliser et adapter le logiciel aux besoins du client conduit à envisager trois situations :

- propriété du prestataire SaaS sur de ses propres développements ;
- propriété du client sur les éléments personnalisés dont il est l'auteur ;
- copropriété sur les adaptations réalisées pour les besoins du client par le prestataire à partir d'éléments existants.

2.6.3. Contrôle des données

L'hébergement des données du client sur les serveurs du prestataire doit le conduire :

- à s'assurer des garanties présentées au moyen d'un audit technique préalablement à la signature du contrat ;
- à se réserver la possibilité d'agréer ou non les sous-traitants du prestataire.

Remarque : La difficulté de localisation des serveurs doit conduire à prévoir la loi applicable et le tribunal compétent en cas de litige.

2.6.4. Protection des données personnelles

Le client demeure responsable du traitement de données personnelles. Il doit s'assurer du respect du Règlement général sur la protection des données ([RGPD](#)) et de la loi « *Informatique et libertés* », en particulier si les serveurs du prestataire ou de ses sous-traitants sont situés hors de l'UE (non soumis au [RGPD](#)).

Remarque : Une clause de confidentialité renforcée, accompagnée d'une clause pénale, permet une indemnisation de l'entreprise cliente en cas de perte de données.

2.6.5. Continuité de service

Le client peut prévoir dans le cadre du SLA des pénalités ou une résiliation automatique du contrat en cas de baisse de service critique pour le fonctionnement de l'entreprise.

Outils

1. Check-List

1.1. Documents

- lettre d'intention ;
- conditions générales de vente ;
- plan qualité service (PQS), Plan assurance qualité (PAQ) ;
- calendrier.

1.2. Clauses

- responsabilité du prestataire ;
- clause pénale ;
- pénalités de retard ;
- clause limitative de responsabilité ;
- clause d'indivisibilité ou de divisibilité contractuelle ;
- clause(s) de révision du prix ;
- clause de cession des droits de propriété intellectuelle ;
- licence ou cession des droits de propriété intellectuelle ;
- clause de réversibilité ;
- clause d'accès aux données ;
- clause de confidentialité.