

## SF-FS / Université de Genève

### Les contrats informatiques

SOPHIE KÜNZI\*

Le 30 septembre 2005 s'est tenue à l'Université de Genève une conférence d'une demi-journée sur le thème «Les contrats informatiques», cette manifestation ayant été organisée par le Forum Suisse pour le Droit de la Communication (SF-FS) en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université de Genève. Dans une première partie, cette thématique a été envisagée d'un point de vue général. Puis deux types de contrats particuliers ont été examinés plus en détail. Il s'agissait des contrats d'outsourcing et des contrats de licence de logiciels.

Le premier exposé général a été donné par M. David Royston, consultant en informatique à Genève, sur le thème: «L'informatique d'entreprise: gestion pratique et identification des risques contractuels». Dans son intervention, M. Royston a relevé qu'il convient de subdiviser les prestations informatiques en trois catégories. La première, qui est devenue une commodité standardisée à la portée de tout un chacun est l'infrastructure de base (PC, imprimante, e-mail, logiciels de base, etc. ...). La seconde catégorie est celle des systèmes logistiques nécessaires à l'amélioration de la productivité des entreprises (paiement des factures, gestion des salaires, etc. ...). La dernière catégorie est celle des applications métier, applications qui permettent à l'entreprise d'être concurrentielle, en développant de nouveaux produits ou en gérant mieux ses clients, par exemple. Il a relevé que cette dernière catégorie était difficile à confier à des professionnels extérieurs et devait donc préférablement être développée à l'interne, alors que la seconde catégorie, elle, était typiquement «outsourcée».

La suite de l'exposé de M. Royston est consacrée à l'examen de différents pièges survenant fréquemment en matière de projets informatiques. Le premier de ces écueils a trait à l'incapacité pour le client de négocier correctement les conditions d'un contrat de maintenance de logiciel une fois que celui-ci a été développé. M. Royston a ainsi conseillé de préciser déjà lors de la conclusion d'un contrat de développement de logiciel les clauses du contrat de maintenance et de signer les deux accords ensemble. La seconde difficulté évoquée est celle de la négociation d'un Service Level Agreement (SLA, niveau de qualité, pénalités, gestion du contrat sur la durée, etc. ...) dans le cadre d'une relation d'outsourcing. Souvent le contrat d'outsourcing est conclu sans avoir négocié les clauses de SLA. Après la signature du contrat d'outsourcing, le fournisseur se trouve en position de force, le client étant alors obligé de donner son accord à certaines clauses qui lui sont défavorables. Le conseil de M. Royston au client est ainsi de fixer les conditions du SLA déjà dans l'appel d'offres. Il attire également l'attention sur l'importance de rédiger le contrat de SLA de manière précise et de définir les termes et les métriques de manière rigoureuse. Il relève aussi l'importance de prévoir un contrat de SLA de manière à ce qu'il soit adaptable à l'évolution des affaires du client afin que celui-ci ne soit pas bloqué avec un contrat dont il n'a plus besoin. A également été soulignée l'importance pour le client d'être en possession des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels qu'il fait développer par un fournisseur externe. En effet, si le fournisseur reste titulaire de tels droits, il n'est pas possible pour le client de faire appel à un autre spécialiste pour la maintenance sans l'accord de l'auteur du logiciel lorsque celui-ci ne donne pas satisfaction.

Le deuxième exposé présenté par Me Wolfgang Straub, docteur en droit, LL.M., chargé de cours à l'Université de Fribourg et avocat à Berne, portait sur le thème de la qualification juridique et de la typologie des contrats informatiques. Me Straub a commencé par rappeler l'importance pratique de la qualification d'un contrat (dispositions impératives spécifiques, dispositions supplétives comblant les lacunes de la loi, interprétation des dispositions pertinentes par la jurisprudence), énuméré les différents types de contrats nommés, le système des contrats innommés et il a enfin cité les éléments influençant la qualification d'un contrat. A ce titre, il a énuméré la nature de la prestation, la durée du contrat ainsi que l'existence ou non d'une garantie de résultat.

Dans une seconde partie de son exposé, Me Straub a examiné différents types de contrats pouvant entrer en ligne de compte dans le domaine informatique. En matière de contrats de vente, il a relevé que ce type de contrats s'applique seulement en cas d'aliénation de biens préexistants ou de produits de série pas encore existants. Le deuxième type de contrat examiné était le contrat d'entreprise. Cette qualification s'applique lorsque l'une des parties s'engage à développer et à livrer un ouvrage sur mesure, à l'intégration de systèmes informatiques, à la réparation avec garantie de résultat et à l'élaboration de documents, tels des plans. Le point le plus critique en matière de contrat d'entreprise est la délimitation avec le mandat. Alors que le contrat d'entreprise comporte une obligation de résultat, le contrat de mandat exige de fournir un service selon les règles de l'art. Les modalités de résiliation sont également différentes, le mandat pouvant être résilié en tout temps. Toutefois, Me Straub a relevé que les limites entre ces deux contrats peuvent être assouplies par le biais de clauses contractuelles. Il a ensuite précisé le champ d'application du mandat pour la gestion de projets ou la consultation. La question des contrats de longue durée soulève également de nombreuses questions. Dans cette catégorie ont été mentionnés les contrats de maintenance et assistance, les prestations de centres de calcul, le hosting, «l'application service providing», les «managed services», l'outsourcing et finalement les SLA. Ce type de contrats de durée se caractérise par l'existence d'une garantie de résultat et l'existence fréquente de contrats-cadres.

L'intervention de Me Straub s'est terminée par l'examen de la problématique des groupes de contrats et certaines questions de droit des sociétés. Concernant le premier de ces aspects, la question centrale posée est celle de savoir si le régime juridique d'un contrat spécifique appartenant à un groupe de contrats peut s'appliquer à d'autres contrats du groupe. A ce titre, Me Straub a cité un arrêt genevois optant pour la résiliation totale d'un contrat comprenant des aspects de contrat de vente et d'entreprise interdépendants l'un de l'autre. En matière de droit des sociétés, il a remarqué que les partenaires à un contrat informatique n'entendent la plupart du temps pas former une société simple, leurs buts étant différents.

L'intervention de Me Straub s'est terminée par quelques conseils pratiques. Dans ce cadre, il a relevé l'importance pour les parties de définir leurs buts, d'analyser les intérêts en cause ainsi que les risques, de planifier la mise en œuvre de l'accord, de spécifier les éléments dynamiques du contrat et les procédures en cas de litige. En conclusion, Me Straub relève que la qualification des contrats informatiques découle en priorité de la nature des prestations, mais que les parties restent libres de modifier les règles, dans la limite de la liberté contractuelle. Les parties sont en particulier invitées à passer en revue les risques liés au régime applicable au contrat et à prévoir des dispositions contractuelles afin de limiter ceux-ci au maximum (clause de hedging juridique).

Me Michel Jaccard, docteur en droit, LL.M., chargé de cours à l'Université de Fribourg et avocat à Genève, s'est ensuite exprimé sur le thème des contrats d'infogérance (outsourcing). La structure de la présentation de Me Jaccard a suivi la structure type d'un contrat d'outsourcing. Le premier élément d'un tel contrat est la description des services. Il a souligné l'importance de décrire très précisément les prestations et leur étendue dans le corps même du contrat. L'utilité des clauses résiduelles a été relevée afin de couvrir les services non expressément spécifiés mais néanmoins nécessaires à l'exécution du contrat. Plusieurs approches possibles de rédaction ont été envisagées (description des ressources mises à disposition par le fournisseur, description des tâches à effectuer, description par projet à réaliser, adoption de clauses résiduelles en incluant de manière générale certains types de prestations, référence à des documents externes). Me Jaccard a mis en garde contre les risques liés au fait de promettre l'exclusivité au fournisseur de service ou, pour ce dernier, de confier des tâches à des sous-contractants. Il a également relevé que, pour le fournisseur de services informatiques, il est nécessaire d'inscrire le contrat dans une certaine durée, les investissements étant très importants. Ces intérêts sont en opposition avec ceux du client pour qui la flexibilité est essentielle. Ne doivent pas non plus être négligés les services annexes visant à permettre une utilisation adéquate des ressources informatiques par le client (conseils, assistance, développement de logiciels, dépannages, documentation, etc. ...).

Le deuxième élément typique d'un contrat d'outsourcing consiste à définir les niveaux de services (SLA), cette partie du contrat visant à déterminer de manière objective le niveau de qualité que doit atteindre le fournisseur au niveau de la disponibilité, de la fiabilité des installations, de l'efficacité et du temps de réponse en cas de dysfonctionnement. Des points de référence et d'évaluation doivent être définis. Par ailleurs, la complexité du contrat et sa durée exigent que des possibilités d'évolution du niveau de services soient prévues. La mise en œuvre du SLA peut se faire de plusieurs manières, soit

en récompensant une bonne exécution du contrat ou en appliquant des pénalités. La résiliation peut de plus être envisagée en cas de violations répétées, mais n'est souvent pas la meilleure solution, étant donné la grande diversité des prestations couvertes par un seul et même contrat.

Le troisième élément décrit par Me Jaccard est la détermination du prix des prestations. En effet, de nombreux systèmes sont possibles. Il est notamment envisageable de prévoir des coûts fixes, des coûts variables, des coûts déterminés en fonction de chaque projet déterminé, chacun de ces systèmes comportant leur part de risques. C'est pourquoi il est nécessaire de prévoir des ajustements. Parmi ces derniers, on compte les ajustements usuels (indexation) et les ajustements extraordinaires. Il est également possible de prévoir d'appliquer le principe du «client le plus favorisé», même si la mise en œuvre d'une telle disposition n'est pas aisée. Me Jaccard a également conseillé de préciser les modalités de calcul des intérêts en cas de retard, l'éventuel droit de compenser ou de payer aux mains d'un tiers. Le problème des frais annexes doit également être réglé.

Le quatrième point examiné est celui du transfert des collaborateurs. Me Jaccard a précisé à ce sujet l'importance d'inclure le département des ressources humaines dans le processus de négociation. L'étendue des contacts à opérer entre les employés du fournisseur et ceux des clients doit également être réglée. Me Jaccard a passé rapidement sur la question de la reprise des équipements et des contrats et sur celle des questions de propriété intellectuelle qui doivent être précisément abordées dans le contrat d'outsourcing. Par contre, la problématique de la fin du contrat a été davantage développée. Plusieurs solutions sont envisageables. La durée du contrat peut être fixe avec renouvellement possible, dépendante de la durée d'un autre projet, chaque solution ayant ses avantages et ses inconvénients. La résiliation ordinaire est souvent liée à des considérations d'ordre financier. Par contre, la résiliation extraordinaire intervient plutôt dans des cas de faillite de l'un des partenaires contractuels, de faute grave ou de force majeure. A la fin du contrat, des pénalités peuvent être infligées. Par ailleurs, une période de transition doit être mise en place pour permettre au client de récupérer ses équipements et ses éventuels employés, ou pour permettre le transfert du contrat à un autre fournisseur de service. Une prolongation de la collaboration avec des prestations réduites peut être provisoirement envisagée.

Les deux derniers points cités par Me Jaccard ont été la gestion de la relation contractuelle et le mécanisme de résolution des différends, qui sont également des éléments essentiels du contrat d'outsourcing.

Le quatrième exposé de Me Jacques de Werra, docteur en droit, LL.M., chargé de cours à l'Université de Genève et avocat à Genève, était consacré aux contrats de licence de logiciels. Il s'est d'abord penché sur les caractéristiques générales de ce type de contrat puis a abordé le thème spécifique des licences de logiciels open source.

Me de Werra a examiné la question de la portée de la licence. Dans ce cadre, l'art. 17 al. 1 let. a ODAu limite l'usage par le preneur de licence à l'utilisation conforme du programme, y compris le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage ainsi que la création d'un exemplaire de travail nécessaire à ces activités. Par contre la licence n'emporte pas le droit de faire une copie privée du logiciel (art. 19 al. 4 LDA), ni de céder la licence, d'octroyer des sous-licences, ou de louer le logiciel (10 al. 3 et 13 al. 4 LDA). Dans tous les cas, la portée de la licence doit être interprétée selon le but du contrat. Une question centrale à ce propos est celle de savoir si la licence confère au preneur le droit d'accès au code source et le droit de modifier ce dernier. Pour illustrer cette problématique, Me de Werra a présenté la solution de l'ATF 125 III 2631 concernant un accord de licence prévoyant l'installation du logiciel en code objet et le droit de modification du logiciel par le preneur. Le logiciel ayant été remis à la fois en code objet et en code source, le preneur avait modifié le code source sans obtenir l'autorisation du donneur. Le TF a jugé que le contrat devait comporter l'autorisation expresse de modifier le code source et a donc donné raison au donneur de licence. Il est donc nécessaire de bien préciser l'étendue du droit d'accès, d'utilisation, de modification et d'adaptation du code source dans le contrat de licence.

Les prérogatives du preneur de licence ont également été présentées. Ces prérogatives découlent en particulier de différentes exceptions légales qui sont l'exception de décryptage et de décompilation prévue à l'art. 21 LDA qui emporte le droit du preneur de décrypter le code objet du logiciel pour parvenir au code source aux fins d'interopérabilité, puis l'exception d'observation de l'art. 17 al. 1 let. b ODAu et enfin l'exception pour copie de sauvegarde prévue à l'art. 24 al. 2 LDA. Un dernier point abordé était celui du droit du preneur à remédier aux dysfonctionnements du logiciel, ce droit étant

reconnu par la doctrine, mais pas par la loi. Là encore, le contexte du contrat de licence est déterminant.

Dans la dernière partie de son intervention, Me de Werra a traité la problématique spécifique des licences de logiciels open source dont l'objectif est de favoriser le développement et la distribution de logiciels libres (pas nécessairement gratuits), en octroyant des licences emportant l'obligation de donner accès au code source pour permettre la modification ou l'adaptation du logiciel concerné par des tiers.

Chaque exposé a été suivi d'un débat animé par Christine Chappuis, Professeur à l'Université de Genève. Les questions et remarques émises durant ces discussions ont été aussi nombreuses qu'enrichissantes. De manière générale, cette demi-journée de conférence a permis de souligner les problématiques complexes liées au domaine des contrats informatiques et plus particulièrement la difficulté que pose la nécessité d'une collaboration entre juristes et informaticiens, les uns ne comprenant pas toujours les objectifs des autres.

\* Licenciée en droit, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève.