
Les contrats informatiques – État des lieux et questions choisies

Juliette ANCELLE

Avocate, LL.M.

Karim FERDJANI

Titulaire du brevet d’avocat, *Counsel* IBM Suisse

I. Introduction

Aujourd’hui, il n’est plus nécessaire de décrire ni l’importance ni le rôle essentiel de l’informatique dans la vie des entreprises. Aucun domaine du monde économique n’y échappe. L’informatique constitue en quelque sorte l’organe vital qui irrigue le système d’information de chaque organisation.

L’évolution des technologies permet aux entreprises de se développer plus rapidement, de rester compétitives et d’offrir des services répondant aux besoins du marché. L’innovation du système informatique se veut ainsi quasi permanente, et son efficacité et sa pérennité sont devenues des prérequis essentiels à la réussite économique d’une entreprise. Selon le consultant Gartner¹, en 2019, les dépenses informatiques des entreprises au niveau mondial se sont élevées à USD 3.737 Mias. Ce chiffre est en constante augmentation depuis 40 ans.

L’informatique n’est plus uniquement l’apanage des départements informatiques. Son importance et sa complexité sans cesse croissantes, mais aussi les risques susceptibles d’entraver l’essor des organisations en cas de dysfonctionnement ou de développement mal maîtrisé, placent l’informatique en tête des préoccupations des dirigeants d’entreprises, immédiatement derrière le thème de la croissance².

Le droit contractuel n’est pas resté en marge de cette évolution. La grande variété des contrats informatiques qui existent aujourd’hui en témoigne. Nous procéderons à un tour d’horizon des principaux d’entre eux, après avoir dressé un bref panorama de leur évolution au fil du temps. Enfin, seront abordées

¹ V. Gartner worldwide IT spending forecast, janvier 2020.

² L’édition 2019 de l’étude « *CEO and Senior Business Executive Survey* », publiée par Gartner et réalisée auprès de 473 dirigeants d’entreprises, démontre pour la troisième année d’affilée que l’informatique est la deuxième préoccupation des dirigeants d’entreprise, après la croissance.

certaines clauses contractuelles clés en lien avec les contrats informatiques en général.

A. Tentative de définition

L'expression « contrat informatique » ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire, ni d'aucun régime juridique particulier. Il s'agit dès lors, au préalable, de s'accorder sur sa signification.

On pourrait s'accorder sur la définition suivante. Constitue un « contrat informatique » tout contrat ayant pour objet une prestation (vente, location, service) qui touche substantiellement la technique et/ou les outils informatiques. Cette définition extensible couvre donc une large gamme de contrats fort différents. Il est inhabituel, sinon unique, de qualifier ainsi des contrats en raison de la matière dont ils traitent et une telle dénomination peut sembler étonnante.

La notion de contrat informatique n'est pas nouvelle. Elle a été forgée dans les années 1970, à une époque où la nécessité de désigner sous un vocable unique toute une gamme de contrats était essentiellement motivée par la nouveauté de l'informatique³. Aujourd'hui la pertinence d'une telle catégorisation peut se poser. Même si cette hétérogénéité pose nécessairement des questions très variées selon les types de relations juridiques, nous verrons que les contrats informatiques présentent une certaine originalité par leur objet et leur technicité.

Notons encore que le terme de « contrat informatique » s'entend parfois également dans un deuxième sens, définissant son mode de conclusion. Le contrat est alors informatique parce que conclu ou exécuté par la voie informatique ou électronique, plus particulièrement par l'internet (par exemple les contrats de licence dite *shrink-wrap*⁴). Le présent article ne traitera pas cet aspect.

B. Évolution des contrats informatiques

Si l'apparition des premiers ordinateurs remonte aux années 1940, on peut situer à l'orée des années 1970 l'amorce de démocratisation de l'informatique d'entreprise, avec les systèmes « *mainframe* » permettant pour la première fois de gérer de gros volume de données et d'automatiser de lourds processus

³ V. p.ex. CAHEN/BENSOUSSAN.

⁴ GAUTRAIS/MACKAAY, p. 279.

opérationnels. Les années 1980 voient s'ouvrir le marché informatique aux PME avec l'essor des microprocesseurs inventés quelques années auparavant.

Durant cette période, les transactions se limitent avant tout à la vente de machines dont le logiciel intégré est considéré comme accessoire à la fourniture du matériel, au même titre que la documentation ou le transport. Les seuls services attachés à ces transactions sont le support après-vente et l'installation. Ainsi, l'essentiel des transactions sont conclues par des contrats d'adhésion rarement négociés. L'intervention du juriste est très rare et peu d'organisations bénéficient alors d'un département informatique dédié. L'investissement informatique est prioritairement perçu comme un moyen de rationaliser un processus opérationnel existant⁵.

A partir de la fin des années 1980, le développement industriel de l'informatique suscite les premières questions juridiques. Le logiciel acquiert une valeur grandissante grâce au développement des logiciels applicatifs et on lui reconnaît dorénavant une existence juridique et économique autonome. Les notions de protection des droits sur les programmes informatiques, tout comme l'interprétation des contrats de cession et de licence, et des contrats de réalisation de logiciel commencent à intéresser doctrine et tribunaux⁶.

La complexité croissante des systèmes d'information des entreprises, la multiplication des prestataires et le besoin toujours accru de compétences spécialisées ont engendré les premières transactions d'infogérance ou d'outsourcing⁷. Dès le milieu des années 1990 ce phénomène s'accroît. On assiste à une multiplication des contrats informatiques en corollaire de l'explosion de l'offre (contrat de maintenance logicielle, contrat de développement, de conseil, *etc.*). Il s'agit d'un véritable changement de paradigme avec l'émergence de services informatiques de plus en plus individualisés. Ce phénomène s'accompagne d'une complexité grandissante tant d'un point de vue technique que contractuelle. C'est aussi l'époque des premières transactions atteignant le milliard de dollars.

L'explosion de l'internet au tournant des années 2000 marque un nouveau jalon. Cette technologie devient la norme pour la mise en place tant des systèmes informatiques d'entreprises (intranet) que des systèmes informatiques

⁵ BELTRAN, p. 123.

⁶ On pense p.ex. à l'adoption, en 1980, du *Computer Software Copyright Act*, ainsi qu'à quelques arrêts célèbres, comme p.ex. l'arrêt de la Cour Suprême américaine, *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981), qui a ouvert la voie à la brevetabilité de certains programmes informatiques.

⁷ On considère que la décision prise en 1989 par la société *Eastman Kodak* d'externaliser l'ensemble de ses opérations IT à *IBM* constitue le premier contrat d'outsourcing informatique. V. LACITY/HIRSCHHEIN.

interconnectés avec les fournisseurs (extranet) et permet notamment le développement des contrats ASP (*application service provider*)⁸. Ils consistent en la mise à disposition, à distance, sous la forme d'abonnement, de logiciels et de services informatiques associés. Ainsi les entreprises peuvent avoir recours à un prestataire unique (le prestataire ASP), lequel se chargera d'héberger leurs données et de leur donner accès, à distance à un certain nombre d'applications et services spécifiques (tels que maintenance, protection anti-virus, *firewall*, archivage, *helpdesk*). De nouvelles considérations liées notamment à la sécurité et à la protection des données apparaissent⁹.

Plus récemment, c'est l'avènement de l'informatique en nuage ou *cloud computing* qui renforce encore la dématérialisation des ressources informatiques. Dans sa définition la plus simple, la technologie du *cloud computing* permet aux entreprises d'acquérir toutes sortes de ressources informatiques sous la forme de services. Ces différentes ressources, telles que puissance de calcul, fonctionnalités logicielles ou espace de stockage, sont mutualisées et fournies à distance par le prestataire selon l'étendue des services requis par le client. Les avantages pour les entreprises sont nombreux : flexibilité, consommation à la demande, contrôle des coûts informatiques. Le modèle a également pour intérêt de basculer les dépenses d'investissements en capital informatique vers des dépenses d'exploitation et d'éviter d'alourdir immédiatement les finances de l'entreprise. Enfin certain y voient une source de sécurité supplémentaire, permettant de bénéficier d'une infrastructure et de mesures souvent plus solides que celles qu'une petite entreprise serait capable de mettre en place à l'interne¹⁰.

Aujourd'hui les services d'informatique en nuage sont si nombreux et diversifiés qu'il n'est plus vraiment possible de les ranger dans des catégories précises. Ainsi, l'expression XaaS (pour *Everything-as-a-Service*) regroupe toutes les technologies délivrées via le *cloud*, du *Software as a Service* (SaaS) au *Blockchain as a Service* (BaaS) en passant par le *Device as a Service* (DaaS). D'un point de vue contractuel, la mutualisation des ressources informatiques impose une standardisation des services *cloud* qui ne laisse *de facto* que peu de place à la négociation, si ce n'est aucune place du tout.

Parallèlement à ces évolutions majeures, on observe que les contrats informatiques ne sont plus uniquement l'apanage des départements informatiques. Cette tendance, qui s'observait déjà depuis quelques années, est encore amplifiée par les services en *cloud*. Si la direction informatique demeure dans bien des cas associée ou consultée au processus d'acquisition, il n'est pas

⁸ JACCARD, p. 151-152.

⁹ FLORIAN, p. 320.

¹⁰ CHAPPUIS/ALBERINI, p. 342.

rare qu'un département de l'entreprise, les ressources humaines ou le marketing par exemple, acquiert la solution qui paraît la plus adéquate de façon totalement autonome¹¹.

C. Quelques problématiques fréquentes

1. Absence de cadre juridique uniforme

On l'a noté, il revient au droit commun de régler les problèmes posés par les contrats informatiques en l'absence de régime spécifique applicable. Or, ils constituent une catégorie hétérogène. Il n'existe pas un, mais une multitude de contrats informatiques. Le large éventail des prestations susceptibles d'être couvertes empêche de rattacher les contrats informatiques à un régime juridique unique. Pour le TF, celui-ci doit être déterminé selon les caractéristiques particulières du cas d'espèce¹².

L'enjeu de cette qualification juridique a pour finalité, d'une part, de déterminer d'éventuelles dispositions impératives prévues par la loi auxquelles il n'est pas possible de déroger, mais également, si la convention est incomplète, de permettre au juge de rechercher les dispositions supplétives applicables¹³.

En pratique, la qualification d'un contrat informatique n'est pas aisée. De manière générale, on constate que l'essor du développement de l'informatique génère continuellement de nouvelles pratiques. Lorsque ces évolutions technologiques, opérationnelles ou méthodologiques s'imposent sur le marché en raison des plus-values techniques ou économiques qu'elles engendrent, elles se déploient rapidement. Il appartient dès lors au praticien de s'approprier ces nouveaux concepts pour leur apporter une traduction contractuelles pertinente.

Tentons d'illustrer cette difficulté par un exemple concret. Dans sa jurisprudence, le TF rattache communément le contrat pour l'élaboration d'un logiciel spécifique au contrat d'entreprise¹⁴. Le prestataire informatique s'engage à implémenter un programme en fonction des besoins spécifiques du client contre une rémunération convenue. Les parties s'entendent sur ce que l'on nomme les spécifications techniques détaillées qui délimitent le périmètre

¹¹ V. en particulier l'étude publiée par Computing Technology Industry Association (CompTIA), *Considering the new IT buyer* en mai 2017 qui conclut, que seuls 19 % des investissements informatiques relevaient de la décision exclusive des départements informatiques.

¹² ATF 124 III 456, consid. 4b/bb.

¹³ TF 4C.290/2002 du 14 janvier 2003.

¹⁴ TF 4A_265/2008 du 26 août 2008, consid. 2.1.2.

des services et qui seront assorties de la définition d'une procédure et de critères d'acceptation permettant de procéder à la réception de l'ouvrage ou « recette » du projet selon la terminologie informatique. Les éléments constitutifs du contrat d'entreprise, notamment l'obligation de résultat à la charge du prestataire, seront manifestement remplis. Ces projets se fondent traditionnellement sur une méthodologie dite « en cascade » qui suit un plan de construction linéaire du logiciel découpé en plusieurs phases pour lesquelles les obligations respectives des parties, sont définies dans les détails¹⁵.

Or, ces mêmes parties pourraient décider d'implémenter le même logiciel dans un environnement strictement identique en usant d'une autre méthodologie, dite « agile ». Cette méthode de gestion de projet, théorisée au début du millénaire, a progressivement gagné les faveurs des développeurs informatiques en même temps qu'elle posait des défis certains aux juristes. Il s'agit d'une méthode empirique et itérative, basée sur des cycles appelés « sprints »¹⁶, et qui implique des livraisons successives. Au contraire d'un projet classique, les parties ne conviennent pas en amont de l'ensemble des spécifications fonctionnelles détaillées. Les équipes de chacune des parties collectent conjointement auprès des utilisateurs les informations permettant de décrire avec suffisamment de précision le contenu d'une fonctionnalité à développer (le « *backlog* de produit »). Le périmètre des services est en quelque sorte convenu au fil de l'eau sur la base des éléments collectés.

Il appartient au client (le « *product owner* ») de définir les priorités et de prendre toutes les décisions majeures concernant l'orientation du projet. En termes de conditions financières, le prix peut être revu en cours d'exécution du contrat, notamment après l'exécution des premiers « sprints » ou si le client souhaite retirer ou ajouter des fonctionnalités. En règle générale, ce dernier a également la faculté de mettre un terme au contrat à tout moment s'il estime avoir atteint de manière anticipée ses objectifs. On s'aperçoit en l'espèce des difficultés pratiques qui peuvent être rencontrées lors de la qualification d'un contrat informatique. En l'espèce, la méthodologie adoptée peut avoir une

¹⁵ Ce modèle, développé dans les années 1970 par Winston Royce a servi pendant des années de modèle de référence. Winston Royce, *Managing the Development of Large Software Systems*, in *Proceedings of IEEE WESCON 1970*, p. 328-388.

¹⁶ La terminologie se rapporte à la méthode « *Scrum* » qui est la plus commune parmi les méthodes Agiles utilisées dans le monde informatique. Le terme *Scrum* (qui signifie mêlée) vise à souligner l'analogie de cette méthode avec le rugby, le principe de base étant que l'équipe avance ensemble et soit toujours prête à réorienter le projet au fur-et-à-mesure de sa progression, et repartir cas échéant sur d'autres bases, comme les joueurs de rugby lors d'une mêlée. Cette analogie a été développée pour la première fois en 1986 par Hiroataka Takeuchi et Ikujiro Nonaka ; cf. *The New New Product Development Game* in *Harvard Business Review*, Janvier-février 1986, p. 10.

incidence sur la portée des obligations à la charge des parties et renforcer une interdépendance entre les obligations respectives des parties¹⁷.

2. *La nécessaire coordinations entre les équipes techniques et juridiques*

La complexité grandissante des contrats informatiques, conjuguée à l'accroissement de normes réglementaires requiert une interaction toujours plus étroite entre les différentes parties prenantes : techniciens, juristes, chef de projet, commerciaux, *etc.* Or, cette exigence s'avère souvent difficile à mettre en œuvre en pratique.

Trop fréquemment, les informaticiens règlent leurs problèmes technologiques sans considérer leurs impacts et leurs conséquences contractuels. Les juristes préfèrent aborder entre eux les thèmes qui leurs sont chers, contents de pouvoir se raccrocher à quelques notions strictement juridiques, redoutant par-dessus tout d'être confrontés aux concepts abscons des informaticiens. Même lorsque chacun affiche sa meilleure volonté, les difficultés posées par la nécessité d'une collaboration entre juristes et informaticiens peinent souvent à disparaître et il n'est pas rare de constater que les uns ne comprenant pas toujours les objectifs des autres.

Les conséquences sont fâcheuses. Le manque de clarté du périmètre contractuel constitue la première source de litige des contrats informatiques¹⁸. En outre, on l'a rappelé, la définition du périmètre des prestations fournies est primordiale, car elle permet de définir les obligations du prestataire, et partant la base de la qualification juridique du contrat (*cf. infra* III.A). Lors de la négociation d'un contrat informatique, faute de compréhension des enjeux opérationnels, le juriste est tenté par réflexe naturel de se concentrer sur les sujets qu'il estime mieux maîtriser. Or, les solutions retenues s'avèrent parfois

¹⁷ Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence rendue par les tribunaux suisses en la matière, au contraire des tribunaux français qui se sont penchés sur plusieurs contentieux nés de projets réalisés selon les méthodes agiles. Une décision rendue par le Tribunal de commerce de Nanterre (TC Nanterre, 4^e ch. du 24 juin 2016, MACIF/IGA Assurances) est particulièrement intéressante en ce qui concerne l'impact de la méthode agile sur la responsabilité du prestataire. Les juges ont retenu que « *la responsabilité des spécifications et l'engagement associé sont collectifs (...)* » alors même que le prestataire était contractuellement qualifié de maître d'œuvre.

¹⁸ V. IACCM « Tackling the weaknesses in Contract Management », éd. 2016. Cette étude conclut que l'absence de définition claire du périmètre des services affecte 40 % de l'ensemble des contrats commerciaux, toutes industries confondues. On admet communément que ce pourcentage représente une fourchette basse dans le domaine informatique.

inopérantes en pratique. La meilleure clause de résiliation pour manquement d'un niveau de services dans un contrat d'outsourcing se révélera peut-être inutile, voire contreproductive, si elle vient à être exercée sans que les conséquences de la résiliation et les conditions de réversibilité des services n'aient été définies et considérées dans tous les détails nécessaires.

De la même manière, les heures dédiées par un client à négocier âprement une clause de responsabilité lui sembleront bien mal investies lorsque, quelques mois après le début de son projet d'intégration de logiciel, il s'apercevra que ses besoins métiers ont changé et qu'il doit impérativement ajuster le périmètre de son projet, mais que les moyens contractuels à disposition ne le lui permettent pas. L'objet des contrats informatiques étant une activité à haute technicité, leur rédaction suppose, de l'expérience des auteurs, non seulement une connaissance approfondie des éléments techniques qui concourent à l'exécution du projet, mais aussi une parfaite cohérence entre la terminologie utilisée et les obligations définies.

II. Principaux contrats informatiques : entre qualification juridique et enjeux commerciaux

Comme évoqué en introduction, la compréhension par l'auteur du contrat informatique de ses enjeux techniques et non pas seulement juridiques constitue le fondement d'une rédaction et d'une négociation efficace. Cette compréhension lui permettra également de faire le rapprochement avec d'éventuels contrats nommés, dont le cadre juridique impératif ou supplétif est susceptible de trouver application. Elle permettra également d'identifier dans quelle mesure certaines obligations réglementaires, indépendantes de la qualification du contrat, sont susceptibles de trouver application¹⁹.

Afin de faciliter cette compréhension, il nous a paru utile de procéder en premier lieu à un tour d'horizon des principales catégories de contrats informatiques et des services qu'ils recouvrent (*infra* A.) avant de tenter de récapituler les rapprochements possibles avec des contrats réglementés, tels que retenus ces dernières années par la jurisprudence (*infra* B.).

¹⁹ A titre d'exemple, afin de déterminer dans quelle mesure la réglementation en matière de protection des données personnelles s'applique, les parties devront d'abord identifier si les prestations rendues donnent lieu à un accès à de telles données et, le cas échéant, à quelles fins et de quelle manière.

A. Les principaux types de contrats informatiques

1. Introduction

Certains auteurs le relevaient déjà il y a plus de dix ans, définir des catégories de contrats informatiques est un exercice complexe, dans la mesure où ceux-ci portent sur une multitude de prestations, mais aussi du fait que la même prestation peut être fournie par différents types de contrats²⁰. La terminologie est au surplus variable et dépend fortement de ce que le prestataire cherche à mettre en avant auprès de sa clientèle (infogérance, *managed services*, *outsourcing*, PaaS, etc.). Les auteurs ne prétendent ainsi pas être exhaustifs, l'objectif étant surtout d'énoncer les éléments essentiels de ces contrats répandus, afin de pouvoir identifier les cadres légal et réglementaire qui en découlent.

Le lecteur étant sans doute familier avec le contrat de licence de logiciel et le contrat de vente de matériel informatique, il ne semble pas opportun de se pencher sur ces deux catégories. Nous examinerons donc principalement les contrats SaaS (II.A.2), désormais incontournables, les contrats d'externalisation (*outsourcing* ; II.A.3.), de même que les contrats d'intégration (II.A.4) et enfin, plus généralement, les contrats de services IT (*IT professional services* ; II.A :5).

2. *Software as a Service*

Dans un contrat de licence standard, le titulaire des droits d'exploitation sur le logiciel cède l'usage d'un ou plusieurs droits sur le code source, qui fait l'objet de la protection par un droit immatériel²¹. Cette licence définit si le licencié a le droit de faire une copie du code en question, de l'exécuter, ou même de le modifier en se fondant sur les droits exclusifs existant sur le logiciel.

Dans le cadre d'un contrat SaaS, l'objectif est souvent identique, à savoir que le titulaire des droits sur le logiciel souhaite autoriser des tiers à utiliser sa solution sans en céder la propriété, et à des conditions définies²². Les modalités techniques et commerciales sont toutefois différentes.

En premier lieu, dans un contexte de contrat SaaS, le client ne reçoit pas de copie du logiciel et son code source ne lui est jamais fourni, car le contrat SaaS prévoit simplement l'accès à un service en ligne, rendu en se fondant sur les fonctionnalités du logiciel. Il n'est dès lors pas nécessaire pour le fournisseur

²⁰ JACCARD/ROBERT, p. 98.

²¹ PROBST, p. 107.

²² MÉTILLE, p. 610 ; FRÖHLICH-BLEULER, p. 635.

SaaS de céder un droit de faire des copies ou encore de modifier le code source à des fins d'interopérabilité, par exemple. De même, il sera rarement utile pour le bénéficiaire de négocier un droit de bénéficier des mises à jour, celles-ci étant usuellement mises en œuvre directement par le fournisseur sur ses propres infrastructures. En revanche, dans la mesure où l'utilisation de la solution dépendra principalement de la disponibilité du réseau du fournisseur et des infrastructures de ce dernier, il est recommandé au client de se concentrer sur l'obtention de garanties de disponibilité²³.

Autre élément commun aux contrats SaaS, ceux-ci vont en principe requérir de l'utilisateur que celui-ci transfère des données auprès du prestataires afin de pouvoir bénéficier des services. Si ces données incluent des données personnelles, alors la réglementation topique trouvera application, menant à l'insertion de certaines dispositions contractuelles requises (voir *infra* III.B.2 pour plus de réflexions sur ce sujet). La prudence voudra également que le client s'assure de pouvoir récupérer ses données en cas de résiliation du contrat SaaS, problématique qui ne se pose en principe pas dans le contexte d'un contrat de licence de logiciel installé sur les serveurs internes du bénéficiaire de la licence.

3. *Les contrats d'externalisation (outsourcing)*

Dans la même lignée que les contrats SaaS, qui constituent en réalité une forme d'externalisation des applicatifs logiciels, les contrats dit d'*outsourcing* ont en principe une portée plus large.

Bien qu'il n'existe pas de définition légale, l'on parle de contrat d'*outsourcing* informatique lorsque la gestion de l'entier ou de portions du système d'information d'une entreprise est confiée à un prestataire externe²⁴. Le périmètre confié au prestataire externe peut être plus ou moins large et se définir en fonction de types de prestations (*e.g.* externalisation de l'hébergement et de la gestion des licences) ou en fonction d'unités commerciales (*e.g.* *Business Process Outsourcing* ou BPO).

Pour cette catégorie de contrats, le modèle fondé sur le *cloud computing* n'est pas en reste, puisque sont apparus ces dernières années les contrats IaaS pour *Infrastructure as a Service* et PaaS, pour *Platform as a Service*²⁵. Le IaaS vise le cas où le fournisseur met à disposition du client une infrastructure

²³ V. not. GILLIÉRON.

²⁴ SURY, p. 257.

²⁵ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Avis 05/2012 sur l'informatique en nuage adopté le 1^{er} juillet 2012, p. 5 et Annexe b).

technique sous forme de serveurs virtuels à laquelle il peut accéder par le biais d'une simple connexion internet. Dans le cas du PaaS, en revanche, le fournisseur met à disposition des solutions d'hébergement d'applications et de développement avancés, principalement au bénéfice de fournisseurs de services IT²⁶.

L'intérêt d'une externalisation va en principe être de permettre au prestataire de mutualiser les coûts et donc d'offrir une prestation économiquement efficace et éprouvée, et permet au client de ne pas avoir à gérer une infrastructure lourde et potentiellement vieillissante. Elle a en revanche fréquemment pour corollaire certaines restrictions à l'individualisation des prestations fournies, une certaine perte de contrôle de la part du client (en cas de faillite du prestataire, le client pourrait perdre accès à ses données ou se trouver sans solution pour assurer certaines de ses activités commerciales essentielles) et va en principe nécessiter une externalisation des données reçues et traitées par l'entreprise auprès dudit prestataire²⁷.

Selon l'industrie dans laquelle évolue le bénéficiaire des prestations, certaines obligations réglementaires sont susceptibles d'entrer en ligne de compte en cas d'externalisation. On pense notamment aux obligations imposées par la FINMA aux banques et entreprises d'assurance²⁸, ainsi qu'à d'éventuelles restrictions applicables aux administrations publiques²⁹.

4. *Contrat d'intégration*

Si la tendance à l'externalisation ne peut être ignorée, certains contrats informatiques majeurs reflètent également d'autres types de prestations, soit l'intervention du prestataire sur l'infrastructure du client afin d'y intégrer, paramétrer, voire développer sur mesure un logiciel, afin de lui permettre d'interopérer avec les outils déjà utilisés par le client.

Ces contrats d'intégration peuvent se définir comme un contrat dans lequel le prestataire informatique (intégrateur) fournit un ensemble de prestations (installation, paramétrage, développements spécifiques, assistance, formation) destinées à permettre l'implémentation d'un logiciel au sein du système informatique de son client³⁰. Ils comprennent de multiples prestations et obligations de part et d'autre puisque le client devra bénéficier (i) d'une licence sur le logiciel intégré, (ii) d'éventuels services de conseils sur les modalités

²⁶ *Ibid.*

²⁷ MÉTILLE, p. 609 s.

²⁸ Circulaire FINMA 2018/3 Outsourcing – Banques et assureurs ; FISCHER, p. 137.

²⁹ MÉTILLE, p. 609 s.

³⁰ STRAUB, p. 355.

d'intégration, (iii) éventuellement de prestations de développement pour paramétrer et adapter le logiciel aux besoins du client, et (iv) d'éventuels services de maintenance et de support, en principe après l'intégration. Cela signifie souvent plusieurs couches contractuelles, portant sur les différentes prestations, nécessitant de la part du praticien un important travail de coordination.

5. *Autres contrats*

Aux types de contrats susmentionnés s'ajoutent bien entendu d'autres contrats fréquents qu'il convient de mentionner ici, bien qu'ils soient sans doute connus du lecteur en raison de leur caractère plus répandu. On pense ainsi au simple « contrat de licence », que nous avons défini plus haut, en vertu duquel le titulaire des droits d'exploitation sur le logiciel cède l'usage d'un ou plusieurs droits sur le code source³¹. Nous pensons également au « contrat de développement de logiciel », portant sur la création par le prestataire d'un programme informatique visant à accomplir certaines tâches selon les spécifications établies par les parties. Souvent annexe aux contrats susmentionnés, il convient également de mentionner le « contrat de maintenance », qui peut être conclu de manière indépendante à d'autres prestations, et dont l'objectif principal est d'assurer le bon fonctionnement d'un système informatique ou d'un programme spécifique en assurant son entretien technique. L'étendue des prestations fournies pour assurer l'entretien technique peut toutefois fortement varier d'un contrat à l'autre, certaines prestations ne portant que sur la fourniture de mises à jour lorsque celles-ci existent quand d'autres comprennent des obligations de surveillance, de sauvegarde et des garanties de fonctionnement. Ces différences sont susceptibles d'avoir un fort impact sur la qualification du contrat concerné (*cf. infra* II.B.)³². Enfin, notons encore les « contrats de niveau de services », également appelés *Service Level Agreements* ou SLA, qui sont des accords qui ne sont pas toujours conclus de manière indépendante et qui ont pour objet de permettre aux parties de déterminer et mesurer la qualité des services rendus par le prestataire informatique, que ce soit sous forme de pourcentage de disponibilité d'une plateforme, de temps de résolution d'un problème ou encore d'objectifs d'intervention³³.

³¹ PROBST, p. 107.

³² TC GE ACJC/359/2018 du 20 mars 2018.

³³ DE WERRA, p. 110.

B. Rapprochement avec des contrats réglementés

1. Introduction

Comme cela a déjà été relevé, « *le rattachement d'un contrat informatique à un type de contrat réglementé par le CO ou par une loi spéciale aura surtout pour conséquence de le soumettre aux éventuelles normes impératives propres à ce type de contrat* »³⁴. Cela permet également d'appliquer des normes dispositives applicables en cas de lacune, les tribunaux étant toutefois prudents, en particulier en présence de contrats mixtes – situation fréquente dans le domaine des contrats informatiques – à appliquer les règles d'un contrat nommé à un contrat susceptible d'être rattachés à plusieurs catégories de contrat³⁵. Pour le praticien, savoir quelles règles impératives sont susceptibles de s'appliquer est bien entendu un élément essentiel à sa rédaction mais aussi à sa négociation. Ainsi, un avocat qui négocie un contrat de services informatiques soumis aux règles du contrat de mandat ne concentrera pas ses efforts sur les clauses de délai de résiliation, sachant que ledit contrat pourra sans doute être résilié en tout temps en vertu du caractère impératif de l'article 404 CO³⁶.

2. Catégories les plus pertinentes de contrats réglementés et tableau récapitulatif

Au fil des années, la jurisprudence en matière de contrats informatiques et la doctrine y relative ont permis d'identifier des rapprochements entre certains contrats informatiques et les contrats nommés suivants : contrat de vente, contrat de travail, contrat d'entreprise, contrat de bail et contrat de mandat³⁷.

La présente contribution n'a pas vocation à répéter ce qui a pu être écrit sur le sujet au cours des années, les éléments constitutifs de ces différents contrats et leur rapprochement avec des contrats informatiques ayant déjà été énoncés à plusieurs reprises³⁸. Il nous a toutefois semblé utile de relever les critères fréquemment relevés par les tribunaux dans le cadre de leur exercice de qualification.

³⁴ TF 4C. 290/2003 du 14 janvier 2003, SJ 2003 I 312 ; JACCARD/ROBERT, p. 98.

³⁵ TF 4C. 96/2000 du 7 juillet 2000, consid. 3 ; ATF 109 II 462, consid. 3.

³⁶ JACCARD/ROBERT, p. 105.

³⁷ HEUSLER/MATHYS, p. 21 ss.

³⁸ *Ibid.* ; JACCARD/ROBERT, p. 99 ss.

Ainsi, dans une décision rendue en 2018, la Cour de justice de Genève a retenu qu'un contrat intitulé « Contrat forfaitaire de prestations informatiques » qui comprenait des prestations monitoring et de sauvegarde s'apparentait à un contrat d'entretien et de maintenance – contrat innomé – et que ni les règles du contrat d'entreprise ni celles du contrat de mandat ne s'appliquaient à sa résiliation³⁹. Dans un autre arrêt, portant sur la conception et l'élaboration d'une plateforme informatique, la Cour civile du canton du Jura a renoncé à trancher entre la qualification de contrat d'entreprise ou de contrat de mandat, relevant que l'obligation de résultat était un indice fort de rapprochement avec le contrat d'entreprise, mais notant au passage que la rémunération sous forme de tarif horaire était également un indice fort de rapprochement avec le mandat⁴⁰. L'existence ou non d'une obligation de résultat n'est ainsi pas le seul critère déterminant pour faire la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de mandat s'agissant de contrats informatiques.

Il apparaît utile de dresser un tableau récapitulatif des rapprochements possibles entre contrats informatiques et catégories de contrats nommés ou innomés. Pour chaque catégorie de contrat informatique mentionnée dans le tableau, une croix a été ajoutée dans la colonne d'un contrat nommé dont il serait susceptible d'être rapproché en raison des prestations usuellement offertes dans le cadre dudit contrat informatique :

	Contrat de vente	Contrat de bail	Contrat d'entreprise	Contrat de travail	Contrat de mandat	Contrat de licence
Contrat SaaS			X		X	X
Contrat d'outsourcing		X	X	X	X	X
Contrat d'intégration			X	X	X	X
Contrat de services IT			X	X	X	
Contrat de licence de logiciel	X					X
Contrat de maintenance			X		X	
Contrat de développement			X	X		X

³⁹ TC GE ACJC/359/2018 du 20 mars 2018, consid. 2.1.

⁴⁰ TC JU CC/97/2015 du 7 janvier 2016, consid. 4.1.

III. Questions contractuelles clés

En pratique, les questions de la qualification juridique d'un contrat informatique sont rarement les seules que se posent les juristes impliqués dans la rédaction et la négociation de ces contrats. S'ajoutent en effet souvent des problématiques de nature réglementaire en sus des questions pratiques de mise en œuvre et de contraintes techniques. Pour illustrer ces problématiques, les auteurs ont sélectionné quelques clauses-clés fréquemment rencontrées dans les différents types de contrats informatiques afin d'en analyser la portée et les défis qu'elles sont susceptibles de générer. Nous examinerons ainsi en premier lieu les clauses d'objet et de périmètre des prestations (III.A.), puis les clauses de sécurité des données (III.B.), et enfin les clauses de résiliation et leurs conséquences pratiques (III.C).

A. Périmètre et définition des prestations

1. *Enjeux juridiques et commerciaux*

L'affirmer peut sembler une tautologie, mais les dispositions relatives à la définition de l'objet et du périmètre des prestations fournies sont essentielles à de multiples égards.

En premier lieu, et c'est une évidence, elles vont permettre au praticien d'identifier le type de contrat dont il s'agit. Dans la même lignée, elles vont également permettre de déterminer dans quelle mesure ledit contrat est susceptible d'être assimilé, même partiellement, à un contrat nommé. En effet, dans l'ATF 124 III 456, publié au JdT 2000 I 172, le TF a adopté une approche pragmatique, au cas par cas. Il a ainsi refusé de procéder à la qualification in abstracto d'un contrat informatique, considérant qu'une telle qualification devait se faire en tenant compte de la prestation litigieuse. Le titre donné au contrat par les parties n'étant pas un critère absolu, celui-ci ne liera pas le juge ou l'arbitre dans son exercice de rapprochement du contrat avec des contrats nommés et ce sont bien les prestations telles que définies par les parties qui joueront un rôle déterminant dans l'exercice en question⁴¹.

Mais l'impact de ces clauses s'étend au-delà de ces questions de qualification. Ainsi, définir correctement le périmètre des prestations couvertes par le contrat doit permettre aux parties de distinguer ce qui doit être fourni de ce qui ne doit pas l'être. Cela est particulièrement pertinent en lien avec la méthode retenue par les parties pour définir le prix : en effet, si le client et le prestataire se sont entendus sur un prix fixe sous forme de forfait, il est essentiel

⁴¹ ATF 124 III 456, consid. 4b – bb), JdT 2000 I 172.

de s'entendre également sur ce qui est couvert par le montant en question. Un périmètre mal défini ou insuffisant risque en effet de devoir donner lieu à des prestations supplémentaires, payables en sus par le client qui se verra confronté au choix, qui n'en est pas vraiment un, de payer plus pour obtenir une solution adaptée, ou refuser de payer et ne bénéficier que d'une solution incomplète, voire inutilisable. Par ailleurs, de l'expérience des auteurs, un périmètre trop détaillé, présentant une extrême granularité peut également représenter un risque pour le client des prestations, qui aura certes une idée très précise de ce qui lui sera fourni mais qui sera susceptible dans ce cadre d'oublier certains services, faute de description générale, et devra alors combler des vides laissés par des définitions trop précises.

Dans le cadre de prestations standardisées, le client aura rarement son mot à dire sur la façon de définir les services proposés. Le rôle du prestataire, qui portera alors principalement sur une explication de ce que comprennent ces services, prend alors d'autant plus d'importance, au risque pour le client de se trouver déçu. Prenons comme exemple le cas d'un prestataire offrant de l'hébergement infogéré sous forme standardisée, qui laisse à la charge du client le soin d'opérer la migration de ses données chez le prestataire. Or, si le client ne comprend pas ou ne dispose pas des compétences internes pour opérer une telle migration, il se trouvera soumis à l'obligation de payer des services inutilisables pour lui, source de frustration et motif fréquent de litige.

Dans le cas de services personnalisés aux besoins du client, l'on pourrait croire que ce problème est de moindre importance. Au contraire, en cas de personnalisation des services, typiquement dans un contexte d'outsourcing ou d'intégration, le prestataire doit adapter ses services à un environnement informatique unique, se trouvant donc confronté à un risque élevé que les services proposés ne soient pas adaptés ou insuffisants. Il est dès lors fréquent de ne pas définir le périmètre des prestations à la conclusion du contrat, mais de l'adapter au fur et à mesure, afin de tenir compte au mieux du cas d'espèce. Cette approche, décrite en introduction sous la dénomination de méthode dite « agile » (supra I.C.1), présente l'avantage de la proximité des prestations avec le besoin du client ; mal mise en œuvre toutefois, que ce soit par manque de flexibilité ou en raison d'une difficulté à sortir des modèles traditionnels, ou encore par méconnaissance de la méthode par certaines parties des équipes dédiées, elle peut donner lieu à un risque accru de désaccords et une insécurité quant à l'objet du contrat. Dans un tel contexte, il sera donc essentiel de s'assurer en amont d'une compréhension commune de la méthode adoptée et de ses conséquences. A défaut d'une telle compréhension, il serait recommandé de prévoir des mécanismes appropriés de gestion du changement, soit par des clauses détaillées définissant un processus à suivre pour s'entendre sur les modifications des termes du contrat (modification du périmètre, modification

du prix, *etc.*), soit en prévoyant à tout le moins une clause résiduelle définissant un prix négocié pour tout service complémentaire devant être rendu.

Au-delà du type de prestations incluses ou non dans le périmètre contractuel, les enjeux portent également sur la manière dont ces prestations sont définies par les parties. Ainsi, des prestations de services définies seulement comme une obligation d'intervention du prestataire sans obligation de résultat mèneront probablement un tribunal à appliquer les règles du mandat plutôt que celles du contrat d'entreprise. Le prestataire pourra y voir un intérêt en raison de la différence de régime de responsabilité entre les deux types de contrats, le contrat de mandat ne prévoyant qu'une responsabilité en cas de faute, tandis que l'entrepreneur peut voir sa responsabilité engagée même sans faute en raison du régime de garantie résultant des articles 367 et suivants CO⁴².

Face à ces différences de régimes, le prestataire pourra ainsi être tenté d'éviter, dans le cadre de la rédaction du contrat, toute référence à un quelconque résultat visé par les services qu'il envisage de rendre, et de définir sa prestation comme la mise à disposition, pour la durée du projet, de personnes disposant des compétences requises pour effectuer la prestation. Cette approche, fréquente dans le cadre de contrats portant sur des projets à long terme, comme des contrats d'intégration, ou pour la phase de migration d'un contrat d'externalisation, n'est toutefois pas sans soulever d'autres problématiques, cette fois de nature réglementaire, une telle définition des services étant susceptible de déclencher l'application des règles applicables en matière de location de services⁴³.

2. *Cas pratique : la location de services*

Loi principalement connue des agences de placement, car elle pose également le cadre réglementaire pour toute activité de placement privé de personnel, la LSE revêt une importance particulière pour les entreprises fournisseur de prestations informatiques, les cas étant nombreux où ces dernières détachent, sur des périodes plus ou moins longues, leur personnel qualifié chez leur client pour la réalisation des prestations convenues⁴⁴.

L'article 12 LSE prévoit que les « employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail. ».

⁴² JACCARD/ROBERT, p. 105.

⁴³ Voir III.A.2.

⁴⁴ FÉLIX, p. 795.

Plusieurs éléments découlent de cette disposition.

En premier lieu, pour que les dispositions relatives à la location de services s'appliquent, il faut qu'un rapport de travail existe entre l'entreprise prestataire de services informatiques et l'individu mis à disposition de l'entreprise cliente. En pratique, cela sera souvent le cas, même s'il n'est pas exclu que le prestataire ait recours à des consultants externes, qui n'interviendraient dans le cadre du projet qu'en qualité de sous-traitants du prestataire, et non en leur qualité d'employé. En l'absence d'un tel rapport de travail, alors les dispositions en matière de LSE ne trouveraient pas application⁴⁵.

Autre critère découlant de cette définition, les règles en matière de location de services trouvent application si les services réalisés par le travailleur sont cédés à l'entreprise cliente. La simple exécution de la prestation par le travailleur ne déclenche pas en tant que telle l'application de ces dispositions il faut que les services en tant que tels soient cédés à l'entreprise de mission. On considère qu'une telle cession a lieu lorsque l'entreprise prestataire, agissant en qualité d'employeur, abandonne en faveur de l'autre entreprise une partie importante de son pouvoir de donner des instructions, tout en restant employeur⁴⁶. Ce sera notamment le cas lorsque l'entreprise prestataire de services cède à l'entreprise de mission le pouvoir de donner des instructions au travailleur.

Dans un contexte de contrats informatiques, la question se pose souvent de savoir dans quelle mesure le pouvoir de donner des instructions est effectivement cédé. En effet, dans certains cas, le contrat prévoit expressément que certains employés du prestataire informatique se rendront dans les locaux du client pour effectuer leurs prestations, sous les instructions techniques du prestataire. Dans un tel cas, il est peu probable que les conditions de la location de services soient réalisées⁴⁷. S'il est toutefois prévu que les employés en question devront, lors de leur présence dans les locaux du client, se conformer aux instructions de ce dernier en matière de sécurité, de respect des horaires de travail, qu'ils se voient alloués des ordinateurs de l'entreprise de mission, un badge, voire même une adresse email de l'entreprise de mission pour la durée de cette dernière, l'on pourra considérer qu'une partie du pouvoir de donner des instructions a été cédée au client.

La question se pose de savoir si cela sera suffisant pour considérer que la relation contractuelle est une relation de location de services. En effet, dans un arrêt datant de 2007, le TF a eu l'occasion de se pencher sur les pratiques d'une entreprise active dans l'installation, la maintenance et la formation pour

⁴⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, p. 61.

⁴⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, p. 61.

⁴⁷ Art. 12 LSE et 26 OSE ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, p. 62.

l'utilisation d'un logiciel SAP, et a tenu compte de plusieurs critères pour finir par exclure l'application des règles sur la location de services⁴⁸. Il a notamment retenu que le prestataire mettait à disposition des spécialistes pour réaliser un objectif précis, spécialistes disposant de compétences dont le client manquait à l'interne, mais surtout que le prestataire fournissait des garanties pour ses prestations, élément qui ont poussé le tribunal à nier l'existence d'un rapport de location de services, alors même que les employés concernés déployaient leurs activités dans les locaux du client, parfois sous la surveillance des employés du client. Dans un autre arrêt, le TF s'est penché sur des services informatiques fournis à la Confédération ; dans cette décision, il a retenu que ces services relevaient de la location de services, notamment en raison du fait que la Confédération n'achetait pas un résultat, mais des heures de travail, mais surtout que c'était elle qui supportait le risque économique des prestations rendues, et non pas le prestataire⁴⁹. En pratique, l'on constate donc que la question de l'allocation du risque lié aux prestations réalisées est un critère souvent déterminant pour les autorités.

Or, lorsque le prestataire informatique fait commerce de cette cession de services de personnel, ce dernier doit être au bénéfice d'une autorisation. C'est le cas même en cas de travail temporaire, c'est-à-dire lorsque les services d'un employé ne seront mis à disposition que pour une seule mission, limitée dans le temps⁵⁰.

En l'absence d'autorisation, tant l'entreprise bailleuse de services que l'entreprise locataire de services sont susceptibles d'être punies d'une amende⁵¹. Dans un tel contexte, les parties à un contrat prévoyant la mise à disposition de certains employés pour la réalisation d'une mission seront bien avisées (i) de définir avec précision les conditions de la mise à disposition, y compris l'absence ou non d'une cession (même partielle) du pouvoir de donner des instructions, (ii) de définir avec précision le régime de responsabilité en cas de mauvaise réalisation des prestations par le personnel mis à disposition du client et (iii) en cas de doute, de solliciter l'octroi d'une autorisation ou d'une confirmation d'absence de nécessité d'une telle autorisation.

En pratique, le recours à la location de services est particulièrement utile dans un contexte de contrats d'outsourcing, en particulier de *Business Process Outsourcing* (BPO). La mise à disposition de certains profils définis, sans obligation de résultats, mais avec un rôle de liaison, permettra souvent une transition facilitée, et une familiarisation avec ce domaine réglementaire ne peut être qu'encouragée pour les praticiens du domaine.

⁴⁸ TF 2A_425/2006 du 30 avril 2007.

⁴⁹ TAF B-1687/2010 du 22 juin 2011.

⁵⁰ Art. 27 al. 2 et 28 OSE.

⁵¹ Art. 39 LSE.

B. Protection et sécurité des données

1. Bref aperçu du cadre réglementaire

Avec l'expansion des services de *cloud computing*, la problématique de la protection des données personnelles et du cadre réglementaire applicable s'est également accrue ces dernières années. Cela a été dit, ce mode de fourniture de services à distance, au moyen d'une simple connexion internet, a pour corollaire le transfert de multiples données chez le prestataire, qu'il s'agisse de données techniques ou de données personnelles. A cela s'ajoute une tendance généralisée à un traitement croissant de données⁵².

Le cadre réglementaire relatif à la protection des données est devenu un élément quasiment inévitable dans toute discussion autour d'un contrat informatique. Au niveau suisse d'abord, un prestataire informatique traitant des données personnelles, même au nom de son client, devra s'assurer de sa conformité avec la LPD, mais aussi éventuellement avec la législation cantonale pertinente, par exemple si son client est une entité publique cantonale soumise à un régime particulier⁵³. A la date de la présente contribution, le droit suisse de la protection des données est encore en cours de révision, si bien que plusieurs concepts auxquels il sera fait référence ici s'appuient encore sur le droit actuellement en vigueur. Nous tenterons toutefois de tenir compte des modifications annoncées dans la mesure pertinente.

En sus de la réglementation suisse, il n'est pas possible d'ignorer l'impact massif qu'a eu le RGPD sur les prestataires informatiques, et plus généralement sur les entreprises suisses. Cet impact est double. En premier lieu, ce Règlement prévoit une possible application extraterritoriale de ses dispositions, susceptible d'être opposable aux entreprises suisses si celles-ci (i) disposent d'un établissement dans l'Union européenne, par exemple sous forme de succursale, ou (ii) ciblent un public européen pour lui offrir des biens et services ou pour suivre leur comportement (par exemple pour leur proposer de la publicité ciblée)⁵⁴. Mais même en l'absence d'une éventuelle application extraterritoriale, le RGPD constitue désormais un standard auquel de nombreuses sociétés veulent se conformer même en l'absence d'obligation de le faire, la conformité à cette réglementation pouvant devenir pour certains un argument commercial. Il ne peut dès lors être ignoré dans la présente contribution.

⁵² Selon IDC, le volume mondial de données numériques atteignait 33 zettaoctets en 2018 et devrait atteindre 610 zettaoctets en 2020.

⁵³ MÉTILLE, p. 609.

⁵⁴ Art. 3 RGPD ; Office fédéral du Préposé à la protection des données, le RGPD et ses conséquences pour la Suisse, p. 4 ; Lignes directrices 3/2018 relatives au champ d'application territorial du RGPD (art. 3), version 2.0 du 12 novembre 2019.

2. *Impact sur la structure et la définition du projet*

a) *Statut du prestataire informatique*

Lorsque l'on parle de protection des données personnelles dans le contexte de contrats informatiques, la première question à se poser est celle du statut de chacune des parties. En droit suisse, on parle encore de *maître du fichier*⁵⁵ et de *sous-traitant* pour définir les responsabilités des différentes parties au contrat. Le maître du fichier est « *la personne privée ou l'organe fédéral qui décide du but et du contenu du fichier* » selon la définition légale et c'est à lui qu'incombe la responsabilité principale du traitement (annonce de fichiers, devoir d'information, exercice du droit d'accès, principe de sécurité, etc.). Le sous-traitant, lui, devra se conformer au cadre imposé par le maître du fichier en lien avec ce traitement, mais ne se verra pas imposer la responsabilité primaire. Dans le cadre de la révision en cours, la terminologie employée est vouée à être modifiée et la notion de maître du fichier sera remplacée par celle de « responsable du traitement », terminologie plus proche de la terminologie européenne⁵⁶. La définition reste toutefois très proche de celle de *maître du fichier*, puisqu'il s'agit toujours de faire référence à l'entité qui décide du but du traitement et des moyens de traitement.

Dans le contexte d'un contrat informatique, la question du statut de chacune des parties reste centrale. Cela a pour effet de définir la charge de responsabilité primaire pour assurer la conformité au cadre réglementaire⁵⁷. Par défaut, la tendance serait de considérer que le client agira en principe en qualité de responsable du traitement (on parle également de *Data Controller* pour reprendre la terminologie anglophone du RGPD), tandis que le prestataire informatique agira en principe en qualité de sous-traitant (on parle également de *Data Processor*)⁵⁸. Cela a déjà pour conséquence que les parties devront définir contractuellement les conditions que le prestataire informatique devra remplir pour permettre au client de se conformer à ses obligations en qualité de responsable de traitement. En pratique, cela se traduit en principe par la conclusion d'un contrat ou d'une annexe relative à la protection des données

⁵⁵ Art. 3 let. i LPD.

⁵⁶ Message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, p. 6594. L'art. 4 RGPD fait mention, dans sa version française, de « responsable du traitement » sous son chiffre 7.

⁵⁷ Cf. art. 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the notions of "controller" and "processor", p. 4.

⁵⁸ Cela n'est toutefois pas systématique, et selon le pouvoir du prestataire de définir conjointement avec le client l'objectif du traitement en plus des moyens de traitement (p.ex. en suggérant des fonctionnalités statistiques), on ne peut exclure que celui-ci soit qualifié de co-responsable du traitement.

(souvent appelée *Data Protection Appendix* ou DPA). La conclusion d'un tel accord sous forme écrite est d'ailleurs désormais une exigence en vertu du RGPD en cas de recours à un sous-traitant⁵⁹. Si ces DPA font désormais partie intégrante de la documentation contractuelle, les parties devront toutefois lutter contre la tentation de la facilité consistant à simplement signer ce document et procéder, dans chaque cas, (i) à l'analyse du statut des parties (le prestataire informatique agit-il également comme responsable de traitement ? Si oui, quelles sont ses obligations ?), (ii) à l'analyse des obligations applicables au cas d'espèce (quel type de données sont traitées ? Quel est le niveau de sécurité exigé, *etc.* ?), et (iii) à l'adaptation de la documentation contractuelle sur cette base.

b) *Privacy by design*

La question du statut des parties au contrat et des obligations qui en découlent n'est pas la seule susceptible d'influencer le contenu du contrat informatique. En effet, depuis l'entrée en force du RGPD, l'article 25 de cette disposition formalise l'obligation pour les responsables de traitement de respecter les principes de « *privacy by design and by default* », soit l'idée d'une protection des données personnelles dès la conception de l'outil ou du programme collectant les données personnelles et par défaut. Le droit suisse actuel prévoit déjà un principe en vertu duquel les données ne doivent être traitées que dans le but annoncé lors de leur collecte et de façon proportionnée⁶⁰. La notion de *privacy by design*, qui figure d'ailleurs dans le projet de révision de la loi sur la protection des données, va toutefois un pas plus loin, puisqu'elle impose au responsable du traitement de concevoir dès l'origine le traitement de données de telle manière qu'il respecte les prescriptions relatives à la protection des données, impliquant que la technologie doit se mettre au service de la protection des données⁶¹. Cela signifie que le client doit, lors de la conception ou de la mise en œuvre d'une solution informatique développée pour lui, réfléchir avec le prestataire à la mise en œuvre technique des moyens de protection des données (par exemple avec un système de « pseudonymisation » automatique, un champ réduit de données collectées, une destruction à échéance brève, *etc.*)⁶². Cette réflexion pourra requérir des prestations de conseil de la part du prestataire, qui devront être intégrées dans la relation contractuelle. De même, un prestataire intéressé à vendre des solutions SaaS aura intérêt à intégrer dans la conception de son logiciel et des services qu'il

⁵⁹ Art. 28 RGPD.

⁶⁰ Art. 4 LPD.

⁶¹ FF 2017 6565, p. 6648.

⁶² Comité européen de la protection des données, Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default, 13 novembre 2019, p. 6.

rend cette notion de protection dès la conception, afin de satisfaire aux exigences légitimes de sa clientèle.

c) Droit d'audit

On le constate, les obligations à la charge du responsable de traitement en matière de protection des données sont nombreuses. Lorsque ce responsable sous-traite ledit traitement à un prestataire externe (ce qui est de plus en plus souvent le cas), il doit s'assurer contractuellement que ce prestataire va se conformer à ses obligations réglementaires. Un tel engagement qui ne serait pas accompagné de moyens de contrôle risque toutefois d'être peu efficace.

L'article 28 RGPD prévoit qu'en cas de sous-traitance, les parties doivent désormais intégrer un droit d'audit en faveur du responsable de traitement, qui doit pouvoir procéder à des inspections et se voir donner un accès en tout temps aux informations utiles pour lui permettre de vérifier sa conformité à ses obligations réglementaires. Un tel droit d'audit ne devrait toutefois pas être l'apanage des contrats conclus entre parties soumises au RGPD, et toute personne ou entité confiant le traitement de données personnelles dont il est responsable à un tiers devrait s'assurer contractuellement qu'il dispose d'un tel droit d'inspection et d'accès à l'information.

C. Résiliation et ses conséquences

1. Résiliation des contrats de durée

Comme évoqué plus haut (*supra* II.A.1), la variété des contrats informatiques rend difficile l'identification de règles uniques qui s'appliqueraient à ces derniers. C'est notamment le cas s'agissant des conditions et modalités de résiliation. En effet, un contrat d'intégration prendra fin, en principe, une fois l'intégration de la solution informatique effectuée, tandis qu'un contrat SaaS est souvent conclu pour une durée indéterminée, soit aussi longtemps que le client souhaite utiliser le service ou bien aussi longtemps que celui-ci est disponible.

Souvent, ces contrats s'inscrivent dans la durée, rendant le risque d'une résiliation du contrat plus élevé (des parties contractuelles qui auront peu d'interactions, sur une courte durée sont moins susceptibles de vouloir mettre fin à leur relation contractuelle avant la fin que dans le cas d'une relation de longue durée). Au surplus, il est fréquent que le bénéficiaire, mal rompu aux questions informatiques, se sente vite dépassé par la relation contractuelle, ou frustré que celle-ci ne corresponde pas à celle qu'il avait à l'esprit, augmentant là encore le risque d'une résiliation anticipée.

Or une telle résiliation n'est pas sans soulever de multiples problèmes⁶³. D'abord s'agissant des conditions de la résiliation. En pratique, les parties prévoient usuellement les délais et les conditions auxquelles elles peuvent se départir du contrat. Mais, comme cela a été évoqué plus haut, le rapprochement du contrat avec un contrat nommé est susceptible de changer la donne, une partie pouvant, selon les cas, être tentée d'invoquer les règles impératives du mandat pour justifier la résiliation immédiate du contrat⁶⁴. Mais au-delà de cette question de modalités de résiliation, ce sont souvent les conséquences de cette résiliation qui sont peu ou mal appréhendées par les parties.

2. *Accès au code source*

Prenons par exemple le cas d'un contrat mixte, qui comporterait des éléments de développement d'une solution logicielle dont les droits d'exploitation seraient cédés au client, et qui serait accompagné de services d'hébergement et de maintenance de cette solution une fois acceptée par le client et déployée chez lui. Dans un tel cas, le code source reste en principe chez le prestataire, en dépit du transfert des droits, dans la mesure où c'est lui qui fournit également l'hébergement de la solution si bien qu'en cas de résiliation de la relation contractuelle, la question de la remise du code source viendra inmanquablement se poser. Si cette remise peut avoir lieu sans problème, les parties doivent être conscientes que ce n'est pas toujours le cas, et cela pour des raisons multiples : il peut arriver que les parties ne soient plus en bons termes, ou que le prestataire soit tombé en faillite et donc ne dispose plus de personnel apte à procéder au transfert, ni même dans certains cas, de la liberté de procéder au transfert.

Afin de pallier de tels risques, il est fortement recommandé d'anticiper contractuellement la question de l'accès au code source en cas de résiliation, mais aussi de mettre en œuvre un processus garantissant un accès effectif, une fois les conditions réunies. En pratique, cela se fera sous la forme d'un accord de mise en séquestre du code source par le prestataire auprès d'un tiers séquestre, cet accord permettant de définir les conditions auxquelles l'accès pourra être donné au client bénéficiaire⁶⁵. A cet égard, si l'on constate que cette pratique est assez répandue, plusieurs institutions offrant ce type de services⁶⁶, l'on constate certaines faiblesses en pratique. D'une part, de l'expérience des auteurs, il est rare que le bénéficiaire contrôle la qualité du code source et de la

⁶³ DE WERRA, p. 144.

⁶⁴ CHERPILLOD, p. 14.

⁶⁵ BENSOUSSAN, La remise.

⁶⁶ Il existe de multiples acteurs dans le domaine, qu'il s'agisse de l'Agence pour la protection des programmes (APP), *Iron Mountain*, ou encore *Swiss Escrow*, basé en Suisse.

documentation explicative placée sous séquestre. Il n'est ainsi pas exclu que, lors de l'activation de son droit d'accès, le bénéficiaire se trouve face à un code de mauvaise qualité, incomplet et potentiellement inexploitable. Par ailleurs, il est fréquent de constater en pratique que le code source est placé sous séquestre à un moment précis, en règle générale lors de son déploiement, les mises à jour et corrections du logiciel en question n'étant en revanche pas systématiquement transmises au tiers-séquestre⁶⁷. Là encore, selon le temps écoulé entre la mise sous séquestre et la demande d'accès par le bénéficiaire, un risque élevé existe que ce dernier se trouve face à un code obsolète, et là encore difficilement exploitable. Ainsi, lors de la conclusion du contrat, le client sera bien avisé de prévoir contractuellement une obligation de mise sous séquestre de toutes les mises à jour et de s'assurer que la solution technique proposée pour la mise sous séquestre assure une mise en œuvre facile d'une telle obligation.

3. *Récupération des données*

Une autre problématique fréquente en lien avec les conséquences de la résiliation de la relation contractuelle a pris une dimension accrue avec le développement du *cloud computing*. Il s'agit de la récupération des données par le client. On parle notamment du phénomène de *vendor lock-in*⁶⁸. En effet, l'hétérogénéité des services de *cloud computing* a pour corollaire une multitude d'infrastructures, d'architecture, de matériel et plus généralement de technologies pour la fourniture des services. Chaque fournisseur est susceptible de développer sa solution sur la base de sa propre technologie propriétaire. Une telle variété peut poser des problèmes d'interopérabilité entre différents services utilisés par le client, mais aussi des problèmes de portabilité des données : en effet, même s'il est souvent techniquement possible de récupérer ses données hébergées sur une solution *cloud* si celles-ci ne sont disponibles que dans un format incompatible avec d'autres, elles seront *de facto* inexploitables⁶⁹. En conséquence, un client insatisfait de son fournisseur risque tout de même de maintenir la relation contractuelle, par peur de ne pas pouvoir utiliser ses données auprès d'un autre prestataire.

L'entrée en vigueur du RGPD prévoyant, en faveur des individus, un droit à la portabilité de leurs données personnelles n'a pas véritablement résolu le problème pour les entreprises utilisatrices de ces services *cloud*. D'une part, une partie des données externalisées ne sont pas des données personnelles, mais plutôt des données techniques pour lesquelles le droit à la portabilité ne peut être invoqué. D'autre part, cette obligation n'a pas pour effet d'éliminer les

⁶⁷ BENSOUSSAN, La remise.

⁶⁸ OPARA-MARTINS/SAHANDI/TIAN.

⁶⁹ OPARA-MARTINS/SAHANDI/TIAN.

différences de formats utilisés par les différents prestataires, la disposition topique ne permettant d'obtenir les données personnelles en question que « dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine ».

En l'absence d'obligation légale plus stricte, il est dès lors judicieux de prévoir, lors de la conclusion du contrat, les modalités de récupération des données en cas de résiliation, en prévoyant notamment soit un droit d'accès à ses données ou une obligation de remise des données dans un format ouvert, dans la mesure possible. Le client serait par ailleurs bien avisé de se renseigner sur les questions techniques liées à une telle récupération (format, modes de transfert, *etc.*).

4. Réversibilité

Dans la même ligne que la problématique de la récupération des données, la fin de certains contrats informatiques, et particulièrement des contrats d'*outsourcing*, soulèvent également la problématique de la réversibilité⁷⁰.

En effet, lorsqu'un contrat d'*outsourcing* prend fin, soit par l'expiration du temps ou par suite d'une résiliation anticipée, qui peut être ordinaire ou immédiate en cas de justes motifs, la question se pose pour le client de la récupération de ses données et de la reprise de contrôle de certains services externalisés, ou de leur transmission à un autre prestataire. Selon la durée de la relation contractuelle préalable et l'étendue des éléments externalisés au prestataire, une telle récupération n'est pas chose facile, et pose souvent également du côté du prestataire des questions de coûts, de responsabilité en cas de pertes de données, et plus généralement de l'étendue de ses obligations dans ce processus, alors même que la relation contractuelle a pris fin⁷¹. Or, si rien n'a été prévu contractuellement, le risque augmente que la mise en œuvre de la réversibilité soit compliquée pour les deux parties, qui n'auront pas anticipé les problématiques techniques, financières et organisationnelles liées à un tel processus.

Bien que les parties soient souvent réfractaires à traiter ce sujet lors de la conclusion du contrat, inclure une clause de réversibilité dans le contrat semble toutefois l'outil le plus efficace pour lutter contre les risques susmentionnés⁷². Une telle clause, qui vise à définir les modalités de ré-internalisation des services ou de leur reprise par un tiers, devrait ainsi prévoir la mise en œuvre d'un plan de réversibilité, qui pourra notamment aborder les modalités de reprises internes de certaines prestations, les modalités de transfert à un

⁷⁰ MÉTILLE, p. 620.

⁷¹ BENSOUSSAN, La réversibilité.

⁷² BENSOUSSAN, La réversibilité.

nouveau prestataire, le coût lié à la mise en œuvre de la réversibilité ou encore le délai de mise en œuvre et le régime de responsabilité relatif à cette mise en œuvre. Si un tel plan permettra ainsi d'éviter un certain nombre de litiges, on constate en pratique que son efficacité sera toutefois limitée s'il n'est pas régulièrement mis à jour en cours de contrat afin, de tenir compte des réalités techniques et organisationnelles des parties au fur et à mesure de leur évolution.

IV. Conclusion

On l'a vu, le domaine des contrats informatiques est un domaine complexe, qui occupe les juristes et avocats depuis maintenant de nombreuses années. Avec la place de plus en plus importante que prend désormais le *cloud computing*, les questions réglementaires, particulièrement les questions relatives à la protection des données, prennent une place croissante dans les échanges entre les parties à ces contrats. Cela nécessite notamment d'identifier avec précision quelles données seront traitées dans le cadre de la relation contractuelle. Cet exercice, qui doit souvent être supervisé par le juriste ou l'avocat représentant les intérêts du client, fait toutefois ressortir une nouvelle réalité : les questions techniques liées aux contrats informatiques ne sont désormais plus l'apanage des services informatiques des entreprises – qui ne sont d'ailleurs plus toujours impliqués dans l'acquisition de nouveaux outils informatiques –, mais peuvent impliquer tout service ou département interne à une entreprise désireux de mettre en place une solution *cloud*.

En effet, nombreuses sont les entreprises qui constatent la multiplication de projets technologiques menés par divers départements, avec ou sans l'implication du département IT, menant à une multiplication d'outils utilisés de manière non-coordonnée. A cette multiplication s'ajoute le risque, pour les départements non-spécialistes qui ne se feraient pas accompagnés dans le processus d'acquisition de la solution, de ne pas être bien équipés pour faire face à ce processus. En parallèle, les départements informatiques doivent faire face à la montée du phénomène connu sous le terme de *shadow IT*, qui fait référence à l'ensemble du matériel informatique (*hardware* et *software*) utilisé au sein d'une entreprise qui n'est pas géré par le service IT de celle-ci, voire inconnu d'elle. Un tel phénomène soulève bien entendu plusieurs problèmes, de la sécurité informatique à la perte de données, mais aussi l'absence d'efficacité et surtout un risque de non-conformité réglementaire ou contractuelle. Ainsi, une nouvelle couche vient s'ajouter à celles évoquées dans la présente contribution s'agissant de la négociation de contrats informatiques : celle de la cohabitation du contrat avec d'autres contrats préexistants conclus par le client, question délicate qui n'a pas fini d'occuper les parties prenantes dans les années à venir.

V. Bibliographie

Alain BELTRAN, Arrivée de l'informatique et organisation des entreprises françaises (fin des années 1960 - début des années 1980), *in* Entreprises et histoire, vol. 60, no. 3, 2010, p. 122-137 ; **Alain BENSOUSSAN**, La remise des sources en cas de défaillance de l'éditeur, Blog du 10 mars 2010 mis à jour le 15 juin 2018 (cité : BENSOUSSAN, La remise) ; **Alain BENSOUSSAN**, La réversibilité dans les contrats : enjeux et modalités, *in* Juristendances informatiques et télécom n° 66/67, juillet-août 2007 ; **Bernard CAHEN/Alain BENSOUSSAN**, Le droit de l'informatique, *in* Gazette du Palais du 16 avril 1981, p. 183 ; **Benôit CHAPPUIS/Adrien ALBERINI**, Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud, *in* Revue de l'avocat 2017/8, p. 337-343 ; **Ivan CHERPILLOD**, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988 ; **Jacques DE WERRA**, Les contrats de niveau de service, *in* Laura DALLÈVES/Raphaël BAGNOUD (éds), Internet 2005 : travaux des journées d'étude, CEDIDAC n° 67, Lausanne 2005, p. 110-148 ; **Romain FÉLIX**, Location de services versus autres contrats de prestations : critères de distinction, *in* Panorama III en droit du travail : recueil d'études réalisés par des praticiens, Institut du droit des assurances et du travail, 2017, p. 779-806 ; **Florian S. JÖRG**, Application Service Providing-Vertrag, *in* Florian S. JÖRG/Oliver ARTER (éds). Internet-Recht und IT-Verträge, Berne 2005, p. 285-326 ; **Philip FISCHER**, L'externalisation de services dans le domaine bancaire et financier, RSDA 2016, p. 137-150 ; **Gianni FRÖHLICH-BLEULER**, Softwareverträge, Berne 2014, 2^e éd. ; **Philippe GILLIÉRON**, Contrats informatiques et entreprises : 10 pièges à éviter, 17 juin 2020, Blog Wilhelm Gilliéron Avocats ; **Bernhard HEUSLER/Roland MATHYS**, IT-Vertragsrecht – Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zurich 2004, p. 21 ; **Vincent GAUTRAIS/Ejan MACKAAY**, Les contrats informatiques, *in* Denys-Claude LAMONTAGNE, Droit spécialisé des contrats, vol. 3, éd. Yvon Blais, Montréal 2001, p. 279-315 ; **Michel JACCARD**, Les contrats de fourniture de services d'application (application service providing), *in* Laura DALLÈVES/Raphaël BAGNOUD (éds), Internet 2005 : travaux des journées d'étude, CEDIDAC n° 67, Lausanne 2005 ; **Michel JACCARD/Vincent ROBERT**, Les contrats informatiques, *in* Pascal PICHONNAZ/Franz WERRO (éds), La pratique contractuelle : actualités et perspectives, Genève 2009, p. 95-125 ; **Florian S. JÖRG/Oliver ARTER** (éds), IT-Verträge, 10. Tagungsband, Berne 2007 ; **Mary LACITY/Rudy HIRSCHHEIN**, The Information Systems Outsourcing Bandwagon, *in* Sloan Management Review, vol. 35, no. 1, 1993, p. 74 ; **Sylvain MÉTILLE**, L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique, AJP/PJA 2019, p. 609-621 ; **Justice OPARA-MARTINS/Reza SAHANDI/Feng TIAN**, Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective, Journal of cloud computing, 5 (2016) ; **Thomas PROBST**, Le contrat de licence, *in* Pascal PICHONNAZ/Franz WERRO (éds), La pratique contractuelle 3, Genève 2012, p. 105-128 ; **Wolfgang STRAUB**, Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Berne 2003 ; **Ursula SURY**, Prinzipien des Vertragsrechts, *in* Peter BÖHRINGER/Roger MÜLLER/Peter MÜNCH/Alex WALTENSÜHL (éds), RWP - Rechtswissenschaft für die Praxis Band/Nr. 2, 2015, 3^e éd.