

# La lettre des technologies de l'information

## CONTRATS INFORMATIQUES BILAN 2009-2010

### VERS UNE OBLIGATION D'ALERTE RENFORCEE POUR LES SSII ?

Dans une affaire ayant opposé IBM à la MAIF, le Tribunal de grande instance de Niort a prononcé l'annulation d'un contrat d'intégration pour vice du consentement et condamné le prestataire à indemniser le préjudice subi par son client pour un montant d'environ 9 millions d'euros, augmenté du remboursement des sommes déjà versées par celui-ci. *TGI Niort, 14 décembre 2009, Maif c/ IBM France, BNP Paribas Factor.*

#### Le contexte

Souhaitant refondre son système informatique et après une procédure d'appel d'offres, la MAIF a conclu avec IBM un contrat d'intégration lui confiant la maîtrise d'œuvre de son projet. IBM s'engageait contractuellement, sur la base d'une obligation de résultat, à la fourniture d'une solution intégrée conforme au périmètre fonctionnel et technique convenu entre les parties dans un délai déterminé et pour un montant forfaitaire ferme et définitif de plus de 7 millions d'euros.

Le projet a subi de nombreux retards et près d'un an après la signature du contrat, IBM reconnaissait que le projet n'était pas techniquement réalisable dans les conditions initialement envisagées. Après quelques tentatives de refonte du projet, IBM demandait une augmentation substantielle du budget initial pour achever la solution, portant le forfait total à 18 millions d'euros. Refusant de procéder au règlement de factures, la MAIF était assignée en paiement par IBM et formait une demande reconventionnelle arguant de la nullité du contrat et invoquant un préjudice de près de 20 millions d'euros.

#### La décision

Le Tribunal a considéré qu'IBM, en présentant à son client un projet d'intégration avec un planning et un prix forfaitaire arrêté avant même le stade de la conception détaillée, a pris un risque fort pour emporter le marché alors même qu'il devait alerter son client sur ce risque. Le Tribunal a assimilé cette attitude à des manœuvres dolosives ayant vicié le consentement du client et a prononcé en conséquence l'annulation du contrat. Dès lors, IBM a été condamnée à restituer à la MAIF les sommes perçues (représentant une somme de 1,6 million d'euros) et à indemniser son préjudice, évalué par le Tribunal à plus de 9 millions d'euros.

### Les enseignements de cette décision

Outre l'importance de l'indemnisation, c'est le fondement de la condamnation prononcée qui retient l'attention dans cette affaire : la nullité du contrat pour réticence dolosive du prestataire lors de la négociation.

Pour retenir l'existence de manœuvres dolosives, il est intéressant de relever le raisonnement retenu par le Tribunal. Celui-ci a ainsi considéré que « IBM a présenté à la MAIF un projet affecté d'une "lacune majeure" pour, en violation "aux normes et aux règles de l'art", contenir un planning et un prix forfaitaire arrêtés avant même le stade de la prise en compte de la conception détaillée, prenant de ce fait "un risque fort pour répondre à la demande de la MAIF", c'est-à-dire obtenir le marché. En gardant le silence sur le risque "fort", "élevé", encouru quant à la satisfaction de conditions définies au contrat comme déterminantes (forfait, planning), [...] risque qu'en sa qualité de professionnel hautement qualifié il ne pouvait ignorer, [...] le professionnel hautement qualifié qu'est IBM, et dont au surcroît la qualification était expressément intégrée dans le champ contractuel, a obtenu de la MAIF une adhésion viciée quant aux dits éléments contractuellement définis comme déterminants du consentement de celle-ci, et a ainsi caractérisé une réticence dolosive, qui affecte la validité du contrat. »

Cette décision doit donc alerter toute SSII dans la gestion de la phase difficile de l'appel d'offres, lorsqu'elle est mise en concurrence. Il importe de ne pas sacrifier une certaine prudence en minimisant les difficultés et les coûts d'un projet pour emporter l'adhésion d'un client.

L'évaluation du préjudice établie par le Tribunal témoigne également du souci d'indemniser au mieux le client. Le Tribunal a notamment retenu comme chef de préjudice « la rémunération des prestataires externes ainsi [que] celles de prestataires internes » considérant que « si l'emploi de prestataires internes ne s'est traduit par aucune embauche supplémentaire, il a nécessairement obéré les résultats d'exploitation ».

Cette décision a été frappée d'appel mais elle semble néanmoins s'inscrire dans une tendance plus générale de renforcement des obligations d'information précontractuelles des SSII. Ainsi, il est tentant de dresser un parallèle avec une décision anglaise intervenue un mois plus tard par laquelle HP a été condamné à verser plus de 270 millions de livres à un client en raison des déclarations trompeuses de l'équipe commerciale ayant négocié le contrat.

## RETOUR SUR LES PRINCIPALES JURISPRUDENCES

### Echec du projet de mise en œuvre d'un ERP et indemnisation.

Une société avait conclu avec un prestataire un contrat d'intégration d'une solution de type ERP prévoyant un délai de mise en production de trois mois. Après plusieurs décalages de la date de livraison, la solution n'a toujours pas été livrée de manière complète et satisfaisante plus d'un an après le début du projet. Le client a alors résilié le contrat et intenté une action judiciaire à l'encontre du prestataire en vue de faire indemniser son préjudice. Le Tribunal de commerce de Paris saisi du litige a retenu que le prestataire avait « *failli à son engagement contractuel de résultat, en n'ayant procédé à aucune livraison contractuellement acceptable de fournitures et prestations après le dépassement de 10 à 12 mois du délai contractuel engageant* ». Le Tribunal de commerce a ainsi considéré l'inexécution du prestataire comme fautive et ouvrant droit à dommages et intérêts. Pour évaluer le préjudice subi par la société, le Tribunal a examiné chaque poste de préjudice allégué et notamment le temps passé par les équipes du client en pure perte sur ce projet. Classiquement, le prestataire contestait ce préjudice considérant que les charges salariales relatives à ces personnels n'avaient pas augmenté pendant la période du projet et que le client ne démontrait pas quelles autres tâches ils n'auraient pas été en mesure de remplir du fait de leur suivi de projet. Le Tribunal a rejeté l'argument, considérant que le fait que le projet n'ait pas abouti impliquait que le client avait subi « *non seulement la mobilisation de ses équipes (...) en pure perte, mais en outre la nécessaire mobilisation de ses personnels pour trouver une alternative après la résiliation du contrat* ». S'agissant du préjudice lié à la désorganisation du service de contrôle de gestion du client et de leur surcharge correspondante, le Tribunal a également admis que « *le travail en mode dégradé peut effectivement avoir entraîné le recrutement pour une durée limitée de contrôleurs de gestion supplémentaires* ». C'est ainsi un préjudice de près de 230 000 euros qui est retenu par le Tribunal de commerce de Paris, étant précisé que le prestataire avait d'ores et déjà remboursé au client l'intégralité des factures déjà acquittées par ce dernier (environ 150 000 euros). *T.com Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2 juin 2009, Expositium c/Axe Sélection.*

### Résolution d'un contrat de vente d'équipements informatiques et remboursement du prix.

Une société avait commandé des équipements informatiques et financé cette opération auprès d'une société tierce par la conclusion d'un contrat de location financière. Compte tenu de dysfonctionnements de l'installation informatique, le client a assigné le fournisseur du matériel ainsi que le bailleur. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a prononcé la résolution du contrat de fourniture ainsi que la résiliation du contrat de location financière et a ordonné au client de restituer au bailleur les matériels donnés en location. La Cour d'appel a par ailleurs précisé que le bailleur ne pouvait demander au fournisseur le remboursement du prix d'acquisition du matériel au motif qu'il en avait obtenu la restitution et qu'il n'offrait pas lui-même de le lui restituer. Sur ce dernier point, la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait violé l'article 1184 du Code civil. La Cour rappelle à cet égard que « *la résolution du contrat de vente entraîne l'obligation de restituer, pour le vendeur, le prix*

*perçu et pour l'acquéreur, la chose vendue, peu important que cette restitution ne soit pas proposée* ». La Cour d'appel avait également retenu que le client n'était pas fondé à demander à être garanti par le fournisseur du paiement des loyers dus en application du contrat de location financière du fait de la conservation des biens qu'il aurait dû restituer. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt en considérant, « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le fournisseur, redevenu au demeurant propriétaire des biens en cause par l'effet de la résolution du contrat de fourniture, dont elle avait retenu que le comportement fautif était à l'origine de cette résolution et à laquelle la SCP avait indiqué qu'elle tenait le matériel à sa disposition, n'avait pas manqué à ses obligations en s'abstenant de toute démarche à cet égard* ». *Cass. Civ.1<sup>e</sup>, 25 février 2010, SCP c/SFI et SIBM.*

### Indivisibilité d'un contrat de télé-sauvegarde et d'un contrat de location financière.

Une société avait confié à un prestataire la sauvegarde à distance de ses fichiers informatiques. Un contrat de « télé-sauvegarde » et un contrat de location financière de matériel informatique ont été conclus. Moins de trois mois après l'installation des matériels, le client a constaté la survenance de problèmes importants sur les sauvegardes à distance notamment sur la non-finalisation des sauvegardes journalières. Le client a notifié au prestataire sa décision de résilier les contrats de prestation de service et a cessé de payer les mensualités. Le bailleur a assigné le client en résiliation du contrat de location, en paiement des redevances impayées et en restitution du matériel. La Cour d'appel, se fondant sur l'article 1218 du Code civil, a jugé que ces contrats ne pouvaient être regardés comme indivisibles, le client n'ayant pas invoqué « une absence d'intérêt du contrat de location sans le contrat de sauvegarde ». Suite au pourvoi formé par le client, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif qu'« *en se déterminant par ce motif inopérant, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si la circonstance que les contrats de location et les contrats de prestation de services, conclus le même jour pour une même durée et prévoyant que le client réglerait au prestataire une redevance comprenant le coût de la location, ne révélait pas la commune intention des parties de rendre leurs accords indivisibles* ». *Cass. Civ.1<sup>e</sup>, 14 janvier 2010, Société B2S c/Société Adhersis.*

### Condamnation d'une société pour rupture brutale de relations commerciales établies.

Une société s'était rapprochée de spécialistes de la téléphonie mobile en vue de développer une nouvelle architecture logicielle devant aboutir à l'utilisation de la téléphonie mobile sur des avions commerciaux, via des liaisons satellites. Un contrat de non-divulgaration avait ainsi été conclu pour une durée de deux ans. Suite à l'acceptation par le client de l'offre commerciale du prestataire, les parties avaient matérialisé leur accord en vue de la conclusion d'un futur contrat de commercialisation de la solution. Diverses commandes sont alors intervenues, portant notamment sur des études. Un an et demi plus tard, le client a lancé un appel d'offres auprès de prestataires d'intégration de téléphonie embarquée et a envoyé une lettre au prestataire initial lui indiquant qu'après étude approfondie des offres reçues suite au lancement de cet appel d'offres, il n'avait pas été retenu dans le cadre du

projet. Le prestataire a alors mis en demeure le client de lui verser l'avance de 800 000 euros prévue dans le cadre de leur accord, dans l'attente du "minimum garanti" de 4 millions d'euros et d'une indemnisation du gain manqué sur la phase de commercialisation. Le client a refusé l'indemnisation du prestataire, considérant que leur accord avait pour objet de dresser un cadre contractuel dans l'hypothèse où le prestataire aurait été sélectionné pour la phase industrielle du projet mais ce dernier n'ayant pas été retenu, l'accord avait perdu son objet et n'était pas applicable. La Cour d'appel de Toulouse a confirmé le jugement du Tribunal de commerce qui a condamné le client à indemniser son ancien partenaire après avoir constaté « *la rupture brutale et injustifiée des relations commerciales établies* ». Le montant de l'indemnisation a été établi par la Cour d'appel en tenant compte de la durée du préavis qui aurait dû être accordé et des conséquences dommageables résultant de l'absence de préavis, en gain manqué et pertes prouvées. Les juges ont notamment relevé que les pertes subies du fait de la brutalité de la rupture étaient très importantes, le prestataire ne pouvant en pratique travailler que pour le client, « *rendant sa reconversion très difficile* ». La Cour d'appel a également considéré que la durée du préavis qui aurait dû être accordé au prestataire « *ne saurait être estimée à moins de deux ans, en fonction de la durée des relations commerciales (trois ans) et de la gravité pour le prestataire des conséquences de la brusque rupture à raison d'un marché captif, circonstances dont le client avait parfaitement conscience* ». CA Toulouse, 2<sup>e</sup> ch, 16 septembre 2009, Airbus France c/ Icarelink.

#### **Pas de responsabilité d'une société qui réduit ses commandes sans preuve d'une relation commerciale établie.**

Une société ayant pour activité la conception, la commercialisation, l'infogérance et toutes autres prestations de services portant sur des systèmes de communication configurés avec des équipements informatiques, a conclu un accord-cadre incluant les conditions particulières et générales de vente et de services, avec un prestataire. Suite à une forte baisse des commandes, le prestataire a adressé une lettre recommandée au client lui imputant un comportement répréhensible, contraire aux dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce qui interdit de « *rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce* ». Le prestataire a donc assigné le client devant le Tribunal de commerce mais a été débouté de ces demandes. La Cour d'appel de Paris a confirmé cette décision en considérant que l'accord-cadre « *ne comporte aucun engagement de volume de commandes et que le prestataire ne bénéficiait pas en tant que fournisseur d'une exclusivité* ». La Cour d'appel ajoute que le prestataire n'a ni démontré que les investissements qu'il alléguait étaient exigés par le client dans le cadre d'une collaboration étroite et suivie, ni établi que le client ait eu la volonté de le placer dans une situation de dépendance économique. Ainsi, le prestataire n'a pas prouvé l'existence d'une relation commerciale établie, « *c'est-à-dire constante, régulière et durable, manifestée par une étroitesse de la collaboration entre les partenaires et une intensité de la relation sur le plan économique* ». CA Paris, 5<sup>e</sup> ch., 18 juin 2009, SAS Algos Network c/ SAS Nextiraone France.

#### **Externalisation d'un service informatique et transfert de personnel.**

Une société avait transféré l'ensemble de son activité informatique de gestion à un prestataire. Soutenant que l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail (recodifié sous le numéro L.1224-1 du Code du travail) n'était pas applicable, plusieurs salariés et syndicats ont saisi la juridiction prud'homale afin d'être réintégrés dans la société cédante. Déboutés de leurs demandes par la Cour d'appel, les salariés arguaient notamment qu'il était exclu de considérer l'activité informatique de gestion comme une entité économique autonome conservant son identité dès lors que l'activité transférée résultait du regroupement fait pour les besoins de l'externalisation d'un grand nombre de services différents. La chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en confirmant l'arrêt rendu par la Cour d'appel, au motif que « *la Cour d'appel qui a constaté que le service informatique (du cédant) disposait de moyens spécifiques et jouissait d'une autonomie de gestion et que l'ensemble des moyens nécessaires à la poursuite de son activité avaient été transmis au prestataire, a ainsi caractérisé le transfert d'une entité économique autonome* ». Cass. Soc., 8 juillet 2009, Badine c/ Société Capgemini Outsourcing Electric.

#### **Annulation de la saisie contrefaçon d'un logiciel pour dépassement de mission.**

Le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris a ordonné la mainlevée de la saisie contrefaçon portant sur un logiciel dans les locaux d'une société ainsi que la restitution sans délai à cette société de l'ensemble des copies des données informatiques réalisées par un huissier de justice. Le demandeur à la saisie a interjeté appel de cette mainlevée soutenant que le défendeur exploitait seul à son profit de façon déloyale un logiciel qu'ils avaient conçu en commun et que la saisie contrefaçon avait été exécutée en conformité avec les dispositions de l'article L.332-4 du code de la propriété intellectuelle. Néanmoins, la Cour d'appel de Paris a rejeté ses demandes au motif que la saisie contrefaçon n'avait pas été effectuée conformément aux termes de l'ordonnance qui l'avait autorisée puisque celle-ci ne lui permettait que de faire procéder par un huissier de son choix à la description détaillée du logiciel, ce qui impliquait que la description du logiciel devait être effectuée préalablement à la copie des données informatiques. Ainsi, le demandeur à la saisie n'était pas fondé à prétendre que l'huissier pouvait aussi bien procéder à la description des données informatiques ou procéder à leur copie. La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré qu'en agissant de cette manière, « *l'huissier a excédé les limites de l'autorisation qui lui était donnée et, ce faisant, aggravé le risque d'atteinte à la confidentialité des données informatiques copiées* ». CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 12 mars 2010, Julien B. c/ Amarile.

## **CLOUD COMPUTING : y voir plus clair dans la nébulosité juridique**

Saas, IaaS, PaaS, s'il y a derrière ces acronymes de nouveaux modes de commercialisation des services informatiques, voire de nouvelles technologies, il s'agit pour le juriste de formes juridiques connues. L'externalisation est un mode d'organisation du système d'information que les entreprises connaissent et pratiquent depuis des décennies. Du « service bureau », dans les temps anciens, à l'ASP en passant par l'infogérance, confier tout ou partie de son SI à un prestataire de service spécialisé est pratiqué par de nombreuses entreprises et personnes publiques. Aujourd'hui, le « cloud computing » est attendu par tous les acteurs du secteur comme la prochaine mutation technologique majeure. Voici un panorama des questions juridiques à se poser avant d'entrer dans cette nébulosité.

Pour l'entreprise, le cloud computing est la 2<sup>de</sup> révolution de la dématérialisation. La 1<sup>ère</sup> fut le passage de l'écrit papier à l'écrit électronique : l'information a perdu son support de conservation pérenne, simple. Ses conséquences sont encore largement incontrôlées. La 2<sup>de</sup> révolution de la dématérialisation est la virtualisation du support de la donnée électronique : l'environnement matériel. C'est ce que promet le cloud computing : une totale souplesse dans son infrastructure en contrepartie d'une « évaporation » de ses données dans le nuage. Ce sont les deux versants du défi juridique auquel les entreprises souhaitant recourir au cloud computing doivent se préparer : garantir la tenue des promesses en matière de flexibilité et gérer la perte de contrôle sur leurs données. Mais d'abord, peut-on tout mettre dans le nuage ?

### **Peut-on tout mettre dans le nuage ?**

Les données produites par ou dans un système d'information peuvent parfois échapper au contrôle de l'entreprise. Des tiers ou les pouvoirs publics ont parfois un droit de regard sur ces données qui peut venir encadrer voir interdire le recours au cloud computing.

Prenons d'abord un exemple commun à toutes les entreprises, celui de la facture. C'est le plus souvent par la comptabilité que la dématérialisation est arrivée dans l'entreprise. Lorsqu'une entreprise émet ou reçoit des factures sous forme électronique, conformément au code général des impôts, elle n'a pas la liberté de choix du lieu de stockage de ces factures. En effet, l'article L. 102 C du livre des procédures fiscales prévoit que les assujettis ne peuvent pas stocker les factures transmises par voie électronique dans un pays non lié à la France par une convention prévoyant une assistance mutuelle en matière de fiscalité. Ceci limite concrètement les lieux de stockage à l'Union européenne.

Dans la sphère publique, les administrations et collectivités locales doivent également compter avec l'article 20-5 du décret n°79-1037 du 3 décembre 1979 relatif aux archives publiques : lorsqu'elles sont conservées par un prestataire agréé, les archives publiques ne peuvent être conservées que sur le territoire national. Lorsque les archives intermédiaires sont conservées par la personne publique d'origine, celles-ci doivent être dans « ses locaux », ce qui implique, bien que cela ne soit pas expressément prévu par le décret, une impossibilité de sortie du territoire. Les archives sous forme électronique sont bien évidemment concernées par ces dispositions puisque, selon l'article L.211-1 du Code du patrimoine, les archives sont l'ensemble des documents de personnes publiques, « quels que soient leur forme et leur support ».

Il ne s'agit ici que d'exemples de réglementations qui viennent interférer avec la liberté pour une entreprise ou une administration de stocker ses données où bon lui semble, et même, en cas de virtualisation des serveurs, dans plusieurs endroits de la planète.

Il faut également compter avec la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978. Celle-ci impose au responsable d'un traitement informatisé de données à caractère personnel de garantir la confidentialité et la sécurité des données conservées. Il en résulte une interdiction de transférer des données à caractère personnel vers des pays « n'offrant pas un niveau de protection adéquat ». Ces pays sont nombreux. Les Etats-Unis ou les pays émergents, par exemple, n'ont pas été reconnus par la Commission européenne comme offrant un niveau de protection adéquat. Il en résulte que si une personne souhaite « déverser » une partie de ses données dans un « cloud », elle ne pourra le faire que si elle a l'assurance que les serveurs qui physiquement vont héberger les données sont tous localisés dans des pays offrant un niveau de protection adéquat. Ce peut être concrètement impossible. Le recours au cloud public doit être exclu dans ces hypothèses, sauf à pouvoir passer une convention spécifique avec le fournisseur garantissant un niveau de protection et de sécurité des données adéquat. La Commission européenne a mis à jour récemment les clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers qu'il convient d'appliquer. Ces nouvelles clauses types, effectives depuis le 15 mai 2010, ont été adoptées pour « faciliter » l'hébergement de données à l'étranger. Mais les fournisseurs de services de cloud sont loin d'avoir encore intégré cette problématique à leurs offres de services.

Ainsi, en fonction des applicatifs et des données qui sont amenées à être mise dans un « cloud », un audit juridique préalable de faisabilité peut s'avérer utile.

### **Quelles précautions contractuelles ?**

Dans toute externalisation informatique, le contrat a une importance cruciale. Lorsqu'une entreprise choisit de confier ses données à un prestataire, cette perte de contrôle doit s'accompagner de garanties juridiques. Ceci est encore plus vrai pour une externalisation dans un « cloud », dans lequel l'entreprise pourra même aller jusqu'à ignorer la localisation physique des machines qui hébergent ses applicatifs et données.

Disponibilité, sécurité, confidentialité, réversibilité. Il conviendra donc de porter une attention particulière aux engagements contractuels que le prestataire est prêt à prendre sur ces points. Il faut également y ajouter des considérations spécifiques aux offres de services de cloud computing. Celles-ci mettent principalement en avant une grande flexibilité : ajout et suppression de serveurs virtuels à la demande, sans contrainte et dans un temps très limité. Ce qui est vrai aujourd'hui le restera-t-il demain ? L'offre de service de cloud computing se développe d'abord à l'initiative d'acteurs du marché disposant structurellement de ressources informatiques inoccupées : Amazon ou Google par exemple. Mais leurs business modèles ne reposent pas sur le service de cloud computing. Qu'en sera-t-il de cette flexibilité lorsque beaucoup plus d'entreprises auront migré vers le cloud computing ? Ici encore, le contrat doit garantir cette flexibilité. Il conviendra également de veiller au modèle de tarification et vérifier l'absence de contrainte liée à la diminution du périmètre des services hébergés dans le cloud et à la réversibilité.

Retrouvez la LTI en ligne sur [www.feral-avocats.com](http://www.feral-avocats.com)

Pour plus d'informations, veuillez contacter : Bruno Grégoire Sainte Marie  
e-mail : [contact@feral-avocats.com](mailto:contact@feral-avocats.com)

FERAL-SCHUHL / SAINTE-MARIE, 9 rue Royale - Paris 8<sup>ème</sup> - Métro Concorde  
Tel : +33 1 70 71 22 00 – Fax : +33 1 70 71 22 22