

Chronique du droit des nouvelles technologies - La rubrique mensuelle ICT de Vincent Wellens

Comment négocier et rédiger son contrat IT? (Partie 2/3)

Toute entreprise, grande ou petite, dépend de l'informatique, domaine sujet à un renouvellement constant. Ces nouveautés techniques entraînent inévitablement de nouvelles questions juridiques impactant le quotidien des salariés et des employeurs. La présente rubrique, à paraître tous les mois, a pour objectif de couvrir les sujets d'actualité et les évolutions en droit des nouvelles technologies au niveau de la législation luxembourgeoise et européenne.

La Chronique du droit des nouvelles technologies a décidé de consacrer trois rubriques mensuelles à la rédaction d'un dossier spécial destiné à guider les entreprises tout au long du processus d'externalisation de la fonction IT.

Le premier volet de ce dossier spécial – consultable dans l'Agefi du mois d'avril 2015 – était consacré à la manière de choisir un prestataire de services IT de confiance. Il mettait en exergue une série de risques et de points d'attention qu'une entreprise doit nécessairement garder à l'esprit lors de son choix d'un prestataire IT.

Le second et présent volet est consacré à la négociation et à la rédaction du contrat qui devra nécessairement être conclu avec un prestataire de services IT en cas de sous-traitance.

Un troisième et dernier volet traitera finalement de l'exécution du contrat, de la fin de la relation contractuelle et de la façon d'assurer une transition efficace entre la situation existante sous l'empire du contrat et la situation post-contractuelle.

Dossier spécial contrats informatiques (Partie 2/3) : Comment négocier et rédiger son contrat IT ?

La phase de négociation du contrat est d'une importance capitale. En effet, elle est conditionnelle du bon déroulement de la relation contractuelle future entre le client et le prestataire. Afin qu'elle se passe sans embûche, certains points doivent absolument être gardés à l'esprit. Ainsi, il est tout d'abord nécessaire d'encadrer juridiquement la phase précontractuelle, notamment par la rédaction de certains documents plus ou moins contraignants (1), visant par exemple à arranger la phase précontractuelle ou à prévoir des obligations réciproques de confidentialité.

Les parties doivent également tenir compte du fait que, quand bien même elles ne sont pas encore liées contractuellement lors de la phase de négociation, elles peuvent néanmoins commettre entre elles des fautes délictuelles. Elles devront par conséquent éviter certains types de comportements litigieux durant les négociations (2).

Finalement, le client devra, lors des négociations, être attentif à négocier et à intégrer certains points fondamentaux dans le contrat (3).

L'encadrement juridique de la phase de négociation

La phase précontractuelle peut présenter certains dangers juridiques pour les parties, que ces dernières doivent absolument garder à l'esprit. En voici deux exemples.

Les parties doivent tout d'abord veiller à ne pas être engagées prématurément dans des relations contractuelles contre leur volonté. Cela pourrait être le cas si les parties s'entendaient sur tous les éléments juridiquement nécessaires à la formation du contrat. Pour éviter une telle situation, les parties rédigeront une lettre d'intention – également appelée «*memorandum of understanding*» – qui viendra tisser les contours de la relation précontractuelle, en prévoyant par exemple les règles du jeu de la négociation, un calendrier précontractuel, ou qui stipulera encore qu'aucun contrat ne se forme avant une date officielle de signature.

Le deuxième risque principal résulte du fait que les parties seront, lors de l'entrée en relation et par la force des choses, amenées à s'échanger certaines informations de nature confidentielle. Le risque de fuite étant inéluctable, les parties concluront un accord de confidentialité, s'interdisant mutuellement de dévoiler des informations considérées comme confidentielles à des tiers. Un tel accord de confidentialité pourra éventuellement être intégré dans la lettre d'intention.

La culpa in contrahendo

Les parties en phase de négociation doivent également être attentives à ne pas commettre de faute précontractuelle. En effet, même si elles ne sont pas encore engagées contractuellement, les parties sont tenues d'agir de bonne foi pendant toute la période des négociations. Par exemple, le client pourrait être considéré comme n'ayant pas respecté cette

obligation s'il omettait d'informer le prestataire IT qu'il est en fait entré en négociations avec un autre prestataire IT, s'il n'avait pas de réelle intention de conclure un contrat, ou encore s'il rompait abusivement les pourparlers.

Quelques points d'attention

Enfin, la phase des négociations est l'occasion de discuter des questions devant absolument être réglées dans le contrat de services IT. Ci-dessous figure une liste non-exhaustive desdites questions et de la manière dont l'entreprise-cliente devra idéalement les régler. Certains points sont par ailleurs repris dans les circulaires de la CSSF concernant l'externalisation de fonctions informatiques par un PSF.

La propriété intellectuelle

L'exécution d'un contrat de type IT implique très souvent la création, ou du moins, l'utilisation d'éléments protégés par des droits de propriété intellectuelle. C'est par exemple typiquement le cas d'un contrat de création de logiciel, ou encore d'un simple contrat de licence de logiciel. Il est partant primordial de régler dans ledit contrat la question de l'appartenance des droits de propriété intellectuelle éventuellement créés par le prestataire de services pour le client. Par exemple, dans le cas d'un contrat visant le développement d'un logiciel stratégique pour le client, ce dernier devra idéalement obtenir les droits intellectuels sur ce dernier, afin de ne pas se retrouver *in fine* en position de dépendance face à son prestataire IT.

Dans un même ordre d'idées, une clause de garantie de type «*hold-harmless*» devra être intégrée dans le contrat, prévoyant par exemple que le prestataire IT s'engage à défendre et à indemniser le client dans l'hypothèse où il aurait lui-même porté atteinte aux droits intellectuels de parties tierces lors de la création du logiciel. Dans le cadre d'un contrat de développement de logiciel, la question de l'utilisation de modules logiciels de type «open-source» par le prestataire IT est également d'importance capitale et doit être strictement réglée lors des négociations. En effet, l'utilisation de tels modules a pour effet que la licence «open-source» va généralement se propager à l'ensemble du logiciel créé. Tout tiers aura partant le droit d'utiliser le logiciel créé par le prestataire IT pour le compte de l'entreprise cliente.

Finalement, si la prestation IT implique l'enregistrement par le prestataire d'un nom de domaine propre au client, il sera également nécessaire de prévoir que ce dernier est l'unique titulaire dudit nom de domaine. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a, dans une décision du 16 mars dernier, ordonné le transfert du prestataire IT vers le client d'un nom de domaine que le prestataire IT avait enregistré pour son client dans le cadre du contrat IT qu'ils avaient préalablement conclu. En l'espèce, le client était titulaire de certaines marques de thé et vendait en ligne des produits sous ces marques. Il se trouvait néanmoins dans l'impossibilité de les vendre du fait qu'il n'avait plus la main mise sur les noms de domaines y relatifs.

La protection des données à caractère personnel

Une attention toute particulière doit également être portée à la question de la protection des données à caractère personnel. En cas de services de *cloud computing* par exemple, le prestataire IT va, en principe, traiter des données à caractère personnel au nom et pour le compte du client. Il agira dès lors en tant que sous-traitant. Le client – responsable du traitement – devra veiller à lui imposer contractuellement les mesures de sécurité visées par la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ; et prévoir également que le prestataire de services IT n'agira que sur les instructions de l'entreprise-cliente. En matière de protection des données à caractère personnel, il sera également bon de prévoir une obligation pour le sous-traitant – prestataire de services IT – de notifier au client dans les plus brefs délais toute violation de données qui pourrait avoir lieu. Une telle obligation figure d'ailleurs pour certaines violations de données dans le projet de règlement européen sur la protection des données à caractère personnel.

Le prix des services

Il est également important pour le client de négocier l'insertion d'une clause relative à la révision des prix des services IT. Un contrat IT pouvant en effet parfois être conclu pour de nombreuses années, il sera important de prévoir des possibilités d'adapt-

ation. L'insertion d'une clause de *benchmarking* – visant à permettre une comparaison du prix payé au prestataire IT, par rapport aux pratiques du marché et aux prix pratiqués par d'autres prestataires – sera également intéressante. La question de l'indexation automatique du prix des services devra également être réglée.

Les questions de responsabilité

La responsabilité du prestataire de services pour les conséquences dommageables pouvant résulter des services prestés doit être négociée et minutieusement réglée dans le contrat. La responsabilité peut être limitée, ou au contraire augmentée, par divers moyens. Une première méthode consiste dans le fait de prévoir que les obligations du prestataire de services IT sont soit de moyens, soit de résultat. Le client préférera qualifier les obligations de résultat, ce qui aura pour conséquence d'engager plus facilement la responsabilité du prestataire, alors que ce dernier voudra plutôt les qualifier de moyens. Une seconde façon de jouer sur l'étendue de la responsabilité est de prévoir explicitement le type de dommages devant être indemnisés par le prestataire. Ce dernier voudra généralement s'exonérer des dommages indirects. Il faudra alors préciser entre parties ce qu'elles entendent par dommages «indirects». Le prestataire ne pourra en tout cas jamais s'exonérer de son dol ou de sa faute lourde, voire limiter sa responsabilité dans la mesure où cette limitation priverait le contrat de ses effets essentiels.

La garantie

Dans l'hypothèse où le contrat IT porte sur la création d'un logiciel, le client veillera à négocier l'insertion d'une clause de garantie dans le contrat, venant s'ajouter à la garantie légale prévue par le Code civil. Si la clause en question prévoit une garantie de courte durée, il est conseillé de prévoir une procédure de test avant la fourniture définitive du logiciel.

La maintenance et la continuité des services

La question des obligations de maintenance du prestataire IT devra également être strictement réglée. Ainsi, une série d'éléments y relatifs devront être négociés et inscrits dans le contrat IT, comme par exemple les périodes de maintenance, la fréquence, etc. De même, il faudra prévoir le type de maintenance assurée par le prestataire IT. A cet égard, le client a tout intérêt à négocier la mise en place d'un «*service level agreement*». Un tel type d'accord permet par exemple de prévoir que les services IT ne peuvent être interrompus plus qu'un certain nombre d'unités de temps par mois/an ou que certains problèmes doivent être résolus dans un laps de temps déterminé, sans quoi des pénalités financières seront appliquées.

Le droit d'audit

Le client devra veiller à se réserver un droit d'audit auprès du prestataire IT. C'est surtout le cas lors de la fourniture continue de services. L'audit peut être

réalisé par le client lui-même ou via un professionnel. Dans ce dernier cas, la question des coûts liés à l'audit devra être réglée. La mise en place d'un audit est primordiale pour le client, afin de vérifier que le prestataire IT respecte bien les différentes législations et ses obligations contractuelles, notamment en matière de protection des données à caractère personnel. En effet, c'est généralement le client qui restera *in fine* responsable en cas de non-respect de la loi.

La réversibilité

Finalement, il faudra particulièrement garder à l'esprit le fait que l'entreprise ne désirera sans doute pas rester des années durant liée au même prestataire de services IT, mais voudra peut-être un jour migrer vers un prestataire plus compétent, voire ré-internaliser la fonction IT, pour une raison ou pour une autre.

Afin de ne pas rester dépendant *ad vitam eternam* d'un même prestataire IT, ou de ne pas subir de perte irréversible de données, il sera primordial de négocier et de régler dans le contrat la question de la réversibilité. Cela revient notamment à imposer au prestataire IT l'utilisation de formats de fichiers standards (ou du moins, facilement utilisables par une tierce personne), et ne nécessitant pas de logiciels spécifiques pour pouvoir lire les données restituées une fois le contrat terminé. De cette manière, le client aura plus de facilités à récupérer ses données. Le dernier numéro de ce dossier spécial sera précisément consacré à la question de la sortie du contrat IT.

Conclusion

Au vu de l'énumération non-exhaustive qui a été faite ci-dessus des éléments auxquels il faut avoir égard lors de la négociation d'un contrat IT, il apparaît clairement que pareille négociation constitue un processus d'une excessive complexité. La phase précontractuelle va cependant déterminer le bon déroulement ultérieur de la relation entre le prestataire et son client.

Vu la technicité de la matière, et les enjeux d'une bonne négociation, il est vivement recommandé aux équipes responsables de la gestion du projet de demander le support de l'équipe juridique, voire de faire appel à des conseils externes, dès la phase de négociation du contrat IT. Pareille démarche permettra incontestablement de faire l'économie de coûts ultérieurs qui pourraient résulter de clauses désavantageuses pour le client, voire de la naissance d'un conflit avec le prestataire IT.

Vincent WELLENS (cf. portrait)

Avocat à la Cour
Partner chez NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.
vincent.wellens@nautadutilh.com

Nicolas RASE
Associate chez NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.
nicolas.rase@nautadutilh.com
www.nautadutilh.com

AGEFI
Luxembourg
Le Journal Financier de Luxembourg

Abonnez-vous

1 an (11 numéros) = 45€ abonnement pour Luxembourg et Belgique/55€ pour autres pays

NOM:

ADRESSE:

LOCALITÉ:

TELEPHONE:

PAYS:

EMAIL:

- Je verse € au compte d'AGEFI Luxembourg à la BIL LU71 0020 1562 9620 0000

(BIC/Swift: BILLULL)

- Je désire une facture:

- N° TVA:

Abonnement en ligne:

Si vous préférez vous abonner en ligne, rendez-vous à la page 'S'abonner' sur notre site <http://www.agefi.lu/Abonnements.aspx>.

41, Zone Industrielle, L-8287 Kehlen - Tel: +352 305757 1 - Fax: +352 24611564 - Email: agefi@agefi.lu