

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

Dossier spécial contrats informatiques (Partie 3/3):

Bien organiser la sortie d'un contrat IT

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. Un second volet – consultable dans l'Agefi du mois de mai 2015 – était 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. Le troisième, présent 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. Quand bien même les parties espèrent toujours que leur relation contractuelle se passera sans problème, elles doivent néanmoins garder à l'esprit que celle-ci n'est pas éternelle. Ainsi, le contrat de prestations IT pourrait arriver à sa fin pour plusieurs raisons.

La première d'entre elle est bien entendu l'arrivée du contrat à son terme, lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu pour une durée déterminée. La seconde raison consiste en la rupture de commun accord du contrat, pour une raison propre à l'une ou l'autre des parties. Enfin, le contrat pourrait être résolu unilatéralement par une partie en cas d'inexécution contractuelle. Peu importe finalement la raison pour laquelle le contrat prend fin, les parties doivent envisager dès le départ la question de la sortie du contrat. Ainsi, les parties devront prévoir, dès la passation du contrat, des mécanismes contractuels permettant la réversibilité de l'externalisation IT (2.). Cela permettra d'éviter en grande partie les risques liés à celle-ci (1.).

1. Les risques de l'externalisation IT

A plus ou moins long terme, l'externalisation de la fonction IT peut parfois mener à une situation dans laquelle le client va difficilement se défaire de son prestataire IT. Les raisons en sont nombreuses. Tout d'abord, dans le cadre d'un contrat IT, le client transmet souvent ses données numériques au prestataire IT. C'est typiquement le cas dans un contrat de *cloud computing* où le contrat a pour objet principal le stockage des données du client sur les serveurs du prestataire. Or, les données numériques ont une valeur de plus en plus importante pour les entreprises, et peuvent même conditionner l'existence de bon nombre d'entre elles.

L'externalisation de la fonction IT va également avoir pour conséquence une perte de compétences en interne de l'entreprise cliente. En effet, dès lors que cette dernière ne s'occupe plus elle-même de l'informatique, elle ne se tient plus à jour, dans un domaine évoluant extrêmement vite, et perd dès lors la connaissance qui y est liée. Elle se trouve par conséquent rapidement dépassée.

Finalement, l'externalisation de la fonction IT va parfois s'accompagner d'un transfert de salariés, d'un transfert de matériel informatique, ou encore d'un transfert de droits de propriété intellectuelle. L'entreprise cliente se détache ainsi d'actifs nécessaires à la gestion de l'informatique, et ne peut dès lors plus assurer elle-même la fonction. Ces différents facteurs vont généralement placer le client dans une situation de dépendance par rapport à son prestataire de services. C'est d'autant plus le cas dans le cadre d'un contrat de sous-traitance de longue durée. Afin d'éviter cette délicate situation, il est primordial d'envisager, dès la conclusion du contrat, la possibilité de sortie de celui-ci, par l'insertion d'une clause de réversibilité. La réversibilité est généralement définie comme étant une clause permettant au client de retrouver la maîtrise de l'objet du contrat en cas de terminaison de ce dernier, et en prévoyant les conditions.

L'utilisation de la clause de réversibilité a donc un rôle primordial dans le processus d'externalisation de la fonction IT par une entreprise et la réglementation de la CSSF la rend même obligatoire lorsque les professionnels du secteur financier externalisent des fonctions informatiques. En effet, une telle clause

permet de choisir d'externaliser la fonction IT, et de choisir un prestataire, sans que ce choix ne soit définitif. L'entreprise cliente peut ainsi aisément changer de prestataire, voire réinternaliser la gestion de l'informatique, lorsqu'elle le souhaite.

2. De quelques prescrits contractuels permettant la réversibilité

Rédiger une clause de réversibilité n'est pas chose aisée, et l'utilisation de modèles contractuels sera souvent à proscrire. Chaque situation est en effet différente et nécessite une analyse distincte. Certains points particuliers – dont une liste non-exhaustive figure ci-dessous – doivent néanmoins toujours apparaître et être réglés dans la clause de réversibilité. Ceux-ci doivent, dans la mesure du possible, être réglés dès la conclusion du contrat. En effet, les parties auront bien souvent du mal à s'entendre et à négocier de bonne foi en fin de contrat.

Obligation de bonne foi, de collaboration et de conseil - Même si de telles obligations découlent de l'article 1134 *in fine* du Code civil, il n'est pas inutile de prévoir dans le contrat une clause prévoyant que le prestataire IT a l'obligation d'agir de bonne foi et d'apporter toute sa collaboration et ses conseils lors de la mise en place du processus de réversibilité.

Des obligations qui survivent à la fin du contrat - Il n'est pas inutile non plus de rappeler que les obligations de réversibilité survivront à la fin du contrat. En effet, en cas de terminaison immédiate du contrat, il ne faudrait pas que le prestataire IT puisse s'estimer libéré de toutes ses obligations liées à la réversibilité en arguant que le contrat n'existe plus. Pareille clause peut être intégrée dans une clause générale citant par exemple les différentes obligations survivant à la fin du contrat (telle que l'obligation de confidentialité).

La mise en place d'un planning de sortie - Il est plus qu'utile de fixer les grandes étapes de la réversibilité et sa durée dès la conclusion du contrat. Un tel plan de sortie peut par exemple constituer une annexe au contrat de prestation de services IT. Il n'est pas rare de voir en pratique la réalisation, lors de la conclusion du contrat, d'un planning de sortie provisoire fixant les grands principes auxquels la phase de réversibilité ne pourra déroger.

Ensuite, en fin de contrat, les parties négocient un planning définitif tenant compte des principes négociés lors de la conclusion du contrat. Une telle méthode a le mérite de ne pas figer les parties dès le départ sur un planning strict, tout en les obligeant à respecter certains principes lors de la fixation du planning final. Pour les professionnels du secteur financier, la constitution d'un plan de reprise (transfert vers un autre fournisseur ou reprise en gestion propre), dans l'hypothèse où la continuité ou la qualité des services du prestataire risquerait d'être compromise, n'est pas une simple recommandation mais constitue même une obligation imposée par la CSSF. La manière dont sont prestés les services informatiques pouvant évoluer dans le temps, il peut également être intéressant d'insérer une obligation pour le prestataire IT de certifier, chaque année, que le plan de réversibilité est toujours en accord avec les modifications étant éventuellement survenues au cours de l'exécution des services.

Des obligations d'information permanente en cours de contrat - Il est primordial de prévoir dans le contrat, à charge du prestataire de services informatiques, une obligation d'information permanente sur les systèmes et les processus utilisés par le prestataire pour rendre ses services IT. Dans le même ordre d'idée, il est bon de prévoir une obligation d'établissement et de communication d'une documentation des systèmes et processus utilisés, ainsi que des codes sources, au fur et à mesure du développement des services IT. Cette documentation devra être mise régulièrement à jour par le prestataire IT. Une telle obligation de documentation peut éventuellement être couplée avec une obligation de formation du personnel du client. De cette manière, il sera moins compliqué pour le client de reprendre en interne, voire de confier à un autre prestataire IT, les services informatiques externalisés.

Le sort des actifs - L'externalisation de services informatiques s'accompagne parfois d'un transfert de matériel informatique, du client vers le prestataire, comme des serveurs ou des postes informatiques. La question de savoir ce qu'il advient de ces différents actifs en cas de rupture du contrat doit bien évidemment être réglée dans le contrat dès le départ. Le cas échéant, la dévaluation du matériel devra être prise en compte.

La détention des droits de propriété intellectuelle - La question de l'appartenance des droits intellectuels doit également être strictement réglée. Si le contrat de prestation informatique visait la création d'un contenu particulier, le client devra par exemple obtenir la titularité des droits protégeant ces contenus, sous peine de ne pouvoir les exploiter commercialement à sa guise. En outre, dans l'hypothèse où, pour prêter son service, le prestataire informatique utilisait une solution propriétaire, telle qu'un logiciel développé par ses soins pour la gestion de bases de données (du type ERP (*Enterprise Resource Planning*) ou autres), il sera nécessaire que le client s'assure contractuellement qu'il dispose des droits nécessaires pour la libre exploitation de ses données, voire, en cas de sortie du contrat, pour leur migration vers une solution concurrente. Plus particulièrement, il faudra régler contractuellement le format dans lequel les données devront être restituées, afin d'éviter que le prestataire puisse faire valoir des droits propriétaires relatifs au format pour faire obstacle à un transfert des données vers le client ou vers un autre prestataire choisi par celui-ci.

Les échanges financiers - Les obligations de réversibilité ont un coût certain pour le prestataire informatique. Il est important de régler dans le contrat la question de savoir qui supportera *in fine* les coûts de la réversibilité. Il est judicieux de prévoir une compensation supportée par le client, à tout le moins partielle. En effet, la qualité d'un service de transition presté de façon totalement gratuite risque certainement de laisser à désirer. L'étendue des obligations de réversibilité étant parfois difficile à estimer dès le départ, les services pouvant évoluer avec le temps, rendant plus ou moins onéreuse la réversibilité, il sera parfois difficile d'estimer son coût dès la conclusion du contrat. Une solution pourrait consister pour les parties à se mettre d'accord sur l'unique principe de la personne qui supportera les coûts, avec un éventuel plafond, et de réaliser un devis des coûts de la réversibilité au début du processus uniquement.

Un service level agreement pendant la période de transition - Il est nécessaire de prévoir qu'un certain niveau de service doit également être maintenu durant la période de transition. Cela aura le mérite de faire en sorte que la transition – qu'il s'agisse d'une réinternalisation, ou d'un passage vers un autre prestataire informatique – se passe de la manière la plus inaperçue possible pour le client et ses éventuels travailleurs.

Le sort des données - Dans l'hypothèse où le contrat IT implique la conservation par le prestataire de données appartenant au client – ce qui est typiquement le cas dans un contrat de type *cloud computing* –, il sera nécessaire de prévoir la manière dont ces données seront sauvegardées, restituées, voire rendues accessibles au client et puis finalement détruites par le prestataire. La destruction des données devrait par ailleurs être une obligation dans la mesure où les données ont une valeur commerciale ou sont confidentielles pour le client. Si les données contiennent des données permettant d'identifier des personnes physiques, la réglementation européenne future en la matière obligera les prestataires de services à les détruire et/ou à les res-

tituer. Lorsque les parties n'ont pas clairement réglé la question de la restitution des données, le recours au juge peut s'avérer être une solution de secours. Ainsi, en France, une ordonnance de référé du 30 novembre 2012 du Président du Tribunal de Grande Instance de Nanterre a obligé un célèbre prestataire de services informatiques à restituer les données numériques à son client, le parti politique UMP, sans délai, sous peine d'astreinte par jour de retard.

Finalement, il convient de rappeler que la modification relativement récente de l'article 567 du Code de commerce oblige un prestataire de services luxembourgeois qui se trouverait dans un état de faillite, à restituer les données (et autres biens intangibles) qu'il détient pour ses clients. Malheureusement, cette disposition légale reste muette quant aux modalités de restitution (et quant à la question des coûts liés à la restitution), lesquelles devront donc être réglées contractuellement.

La nomination d'un tiers de confiance - La désignation d'un tiers de confiance jouant le rôle d'*ombudsman*, chargé de superviser les opérations de réversibilité, d'assurer leur conformité aux règles de l'art, de s'assurer de l'avancement de la transition et de la bonne collaboration entre les parties, peut également être utile. Dans l'hypothèse où un tel tiers de confiance n'a pas été désigné contractuellement, il sera toujours possible, *a posteriori*, de demander au juge des référés la nomination d'un expert judiciaire assurant les mêmes fonctions que celles du tiers de confiance. En France, la désignation d'un tel expert judiciaire a ainsi été obtenue afin de superviser les opérations de réversibilité.

La gestion des risques - Il peut finalement être intéressant de prévoir une obligation pour le prestataire d'établir, de manière annuelle, un registre des risques, dans lequel le prestataire sera tenu de lister les risques juridiques, techniques ou commerciaux qui pourraient résulter du transfert de service vers un autre prestataire, et la manière de régler ces derniers.

Conclusion

La dépendance informatique d'une entreprise envers son prestataire IT constitue un des risques majeurs de l'externalisation de l'IT. Même si un prestataire IT demeure a priori sans faille, les parties ne sont pas à l'abri d'une terminaison du contrat pour une raison ou pour une autre. Si chacun des points susmentionnés sont convenablement réglés dans le contrat, l'entreprise cliente devrait néanmoins pouvoir se délier sans difficulté majeure de son prestataire de services IT, afin de réinternaliser la fonction, voire de la confier à un autre 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
Associé 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:

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 2461 1564 - Email: agefi@agefi.lu