

## Les contrats informatiques

Michel Jaccard/Vincent Robert

BCCC Avocats, Genève/Lausanne

### Table des matières

<b>I.</b>	<b>Introduction</b> .....	97
<b>II.</b>	<b>La qualification juridique des contrats informatiques</b> .....	97
	A. La place des contrats informatiques dans l'ordre juridique suisse.....	97
	B. Rapprochements possibles avec des contrats nommés .....	99
	1. <i>Le mandat</i> .....	99
	2. <i>Le contrat d'entreprise</i> .....	100
	3. <i>Le contrat de vente</i> .....	100
	4. <i>Le contrat de bail</i> .....	101
	5. <i>Le contrat de licence</i> .....	102
	6. <i>La société simple</i> .....	102
	C. L'approche du Tribunal fédéral .....	103
	D. Les enjeux de la qualification juridique .....	105
	1. <i>Une question stratégique</i> .....	105
	2. <i>Qualification formelle et matérielle</i> .....	106
	3. <i>Périmètre contractuel et gestion des changements en cours de contrat</i> .....	107
<b>III.</b>	<b>Questions choisies</b> .....	108
	A. La responsabilité du prestataire.....	108
	1. <i>La détermination du dommage et la notion de défaut en matière de contrats informatiques</i> .....	109
	a) L'impossibilité de livrer un produit informatique sans défaut .....	109
	b) Les accords de niveau de service (Service Level Agreements ou SLA) .....	109
	c) Application des règles générales du CO .....	110
	2. <i>Le lien de causalité et le devoir étendu de collaboration du client</i> .....	112
	a) Causalité et faute concomitante .....	112
	b) Particularité des contrats informatiques dans ce domaine .....	112
	c) Différends liés à la responsabilité .....	114
	d) Causalité et force majeure .....	115

B. Les mécanismes de résiliation des contrats informatiques.....	116
1. <i>Contrats ponctuels et contrats de durée</i> .....	116
2. <i>Echéance des contrats de durée</i> .....	116
3. <i>La résiliation ordinaire</i> .....	117
4. <i>La résiliation extraordinaire</i> .....	117
a. Les principales éventualités justifiant une résiliation anti- cipée du contrat .....	117
b. La résiliation pour justes motifs des contrats de durée .....	118
c. La réglementation du contrat d'entreprise.....	120
d. Les conséquences financières de la résiliation extraordi- naire.....	122
<b>IV. Observations finales</b> .....	124

## **I. Introduction**

L'informatique occupe une place toujours plus importante dans la vie économique. Désormais toute entreprise, quelle que soit sa taille ou son domaine d'activité, est susceptible de faire appel à des prestataires informatiques pour développer et gérer des solutions répondant à ses besoins spécifiques. L'évolution de la technologie et la complexité croissante des plateformes informatiques ont eu notamment pour conséquence d'étendre la palette des prestations fournies : édition de logiciels, hébergement de données, développement de sites web, création et exploitation de solutions de commerce électronique (e-shops), fourniture de services d'applications, support, intégration, migration, conseils.

A prestations différentes, contrats multiples. Une grande variété existe aujourd'hui dans la nature des contrats conclus entre les prestataires informatiques et leurs clients. A cet égard, le terme de « contrat informatique » fait uniquement référence à la technologie qui sous-tend les contrats, la nature des services demandés ou l'industrie dans laquelle évolue le prestataire, mais ne renseigne pas quant à la relation juridique que de tels contrats visent à établir. Partant de ce constat, nous consacrerons la première partie de cette contribution à préciser juridiquement la notion de « contrats informatiques » au regard des règles du Code des obligations (CO).

Dans une deuxième partie, nous nous pencherons sur deux problématiques qui, à notre sens, illustrent la spécificité des contrats informatiques par rapport aux contrats de services classiques, ainsi que les principaux enjeux de ces contrats pour les prestataires et leurs clients. Nous traiterons d'abord de la responsabilité du prestataire, en portant une attention particulière aux solutions pratiques développées pour appréhender les défauts affectant les produits ou les services informatiques, et au devoir de collaboration du client. Nous examinerons ensuite la question de la résiliation des contrats de durée et la protection des intérêts des parties dans ce contexte. Nous concluons par quelques recommandations pratiques et réflexions sur le rôle des conseillers juridiques.

## **II. La qualification juridique des contrats informatiques**

### **A. La place des contrats informatiques dans l'ordre juridique suisse**

Le terme de « contrat informatique » s'applique à des relations juridiques très variées. Le dénominateur commun de ces contrats est de prévoir la fourniture de services liés à la technologie informatique en contrepartie d'un prix. Nous ver-

rons toutefois que la **diversité des prestations** décrites dans de tels contrats complique considérablement la définition d'un cadre juridique uniforme. Cette difficulté est encore augmentée par la possibilité de fournir la même prestation par le biais de différents types de contrats.

Le CO prévoit une réglementation détaillée pour un certain nombre de contrats ayant acquis une importance majeure dans la vie économique (vente, bail, entreprise, mandat, etc.). L'ordre juridique suisse reconnaît également certains autres contrats, bien que ceux-ci ne soient pas expressément réglementés par le CO ou par des lois spéciales<sup>1</sup>. De tels contrats peuvent résulter soit d'une combinaison de règles propres à plusieurs contrats connus du droit suisse (contrats mixtes<sup>2</sup>), soit de relations juridiques nouvelles et autonomes créées par les parties (contrats *sui generis*). En présence de ces contrats « innommés », les dispositions légales relatives aux principaux contrats légaux peuvent être appliquées par analogie, soit pour compléter les dispositions du contrat lorsque celles-ci sont lacunaires, soit comme moyen d'interprétation lorsque les dispositions du contrat laissent subsister un doute quant à la volonté des parties.

Concrètement, 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<sup>3</sup>. En cas de litige, le juge ou l'arbitre chargé de revoir ce contrat veillera donc à ce que l'ensemble des normes impératives applicables directement ou par analogie soient respectées<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour une présentation des critères de distinction entre contrats nommés et innommés, cf. W. SCHLUEP, Basler Kommentar, Einleitung vor art. 184 CO p. 854 ss, Bâle 1996 ; P. GAUCH, Vertragstypenrecht, p. 5 ; E. PIAGET, Les règles du mandat face aux contrats innommés, Analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat, in : PJA 2005 p. 989 ss.

<sup>2</sup> La jurisprudence considère plus précisément que le contrat est « mixte » lorsque les divers rapports qui lient les parties ne constituent pas des contrats indépendants mais représentent des éléments de leur convention liés entre eux et dépendant les uns des autres, de sorte que ces différents rapports doivent être appréhendés comme un seul et unique accord (ATF 131 III 528 ; ATF 118 II 157).

<sup>3</sup> « La qualification de la relation juridique au regard des contrats définis par la loi, la doctrine ou la jurisprudence n'a de sens que si l'application d'une norme impérative est en jeu ou, si la convention des parties étant incomplète, il faut rechercher une disposition supplétive » (TF Arrêt du 14 janvier 2003, 4C. 290/2003, in SJ 2003 I 312, 313).

<sup>4</sup> Notons toutefois qu'en ce qui concerne les règles de nature impérative prévues par le CO, le Tribunal fédéral ne les applique qu'avec une certaine retenue en présence d'un contrat mixte. En effet, l'application des règles impératives à l'ensemble d'un contrat mixte ne se justifie pas systématiquement lorsque les prestations contractuelles ne relèvent pas entièrement d'un seul type de contrat prévu par le CO (TF Arrêt du 7 janvier 2000, 4C. 96/2000 c. 3 ; ATF 109 II 462 c. 3).

## B. Rapprochements possibles avec des contrats nommés

Les contrats informatiques peuvent être rapprochés de plusieurs types de contrats nommés<sup>5</sup>. Nous nous concentrerons ici sur des contrats conclus entre des **acteurs professionnels**, à l'exclusion de la distribution de logiciels ou de la fourniture de services informatiques à des consommateurs, même si ces prestations jouent un rôle de plus en plus important, notamment dans le cadre de la téléphonie mobile. Le nombre d'applications et de services disponibles sur un terminal qui peut se connecter au réseau internet et/ou de téléphonie est en effet impressionnant. Les questions juridiques liées sont nombreuses, en particulier sur le plan réglementaire (protection des mineurs et des données personnelles), fiscal (imposition des services transfrontaliers) et contractuel (coexistence de multiples contrats, droit de la consommation, conditions générales).

### 1. Le mandat

En tant que contrat conclu entre un client et un prestataire en vue de la fourniture de différents types de services, le contrat informatique est proche du contrat de mandat<sup>6</sup>. Le mandat constitue en effet **la forme la plus classique du contrat de services** et ses dispositions sont applicables par défaut aux travaux qui ne sont pas soumis aux règles des autres contrats prévus par le CO<sup>7</sup>. Sa principale caractéristique est l'engagement d'un mandataire de gérer une affaire dont il s'est chargé ou de rendre certains services dans l'intérêt d'un mandant, généralement contre rémunération.

Le mandataire peut fournir des prestations de services en vue d'un résultat déterminé – par exemple l'accompagnement d'un client dans le cadre d'une migration de données sur une nouvelle plateforme informatique – sans toutefois s'engager forcément à atteindre un résultat objectivement vérifiable. En ce sens, le prestataire de services concluant un contrat de mandat n'est soumis qu'à une **obligation de moyen**, lui imposant d'agir avec diligence et d'assurer la **bonne et fidèle exécution du mandat** confié, ce qui implique notamment de respecter les règles de l'art applicables dans sa branche. Un élément caractéristique du contrat de mandat est donc l'obligation renforcée de fidélité et de conseil à laquelle le mandataire est tenu envers le mandant. En conséquence, le mandat peut trouver application dans les contrats impliquant une forte relation de confiance entre le prestataire et son client (*intuitu personae*), notamment les contrats prévoyant la planification, le conseil ou la gestion sur une certaine durée d'un projet informatique pour le compte d'un client (« *project management* »).

---

<sup>5</sup> Cf. W. SCHLUEP/M. AMSTUTZ, Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 CO, No 253 ss, Bâle 1992 édition.

<sup>6</sup> Art. 390 ss CO.

<sup>7</sup> Art. 394 al. 2 CO.

## 2. Le contrat d'entreprise

Parmi les principaux contrats de services figure également le **contrat d'entreprise**<sup>8</sup>. A la différence du mandat, il se caractérise par un engagement ferme du prestataire d'atteindre un résultat déterminé en faveur du maître d'ouvrage. Cette **obligation de résultat** se traduit par une responsabilité accrue du prestataire si l'ouvrage livré n'est pas conforme aux qualités promises. Si ce contrat est typiquement et originellement utilisé dans le domaine de la construction, de nombreux contrats informatiques imposent également une obligation de résultat aux prestataires.

Dans un arrêt de 2008, le Tribunal fédéral a confirmé l'interprétation de la Cour civile du Canton de Fribourg selon laquelle le prestataire qui, sur commande et à titre onéreux, développe un logiciel individualisé en fonction des besoins spécifiques de l'utilisateur est soumis aux règles ordinaires du contrat d'entreprise<sup>9</sup>. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a également examiné si un logiciel pouvait constituer un ouvrage au sens des dispositions du CO. Le Tribunal fédéral a alors confirmé que le résultat immatériel du travail à fournir étant « matérialisé » par le biais d'un enregistrement sur un support électronique de données, les caractéristiques du contrat d'entreprises étaient remplies<sup>10</sup>. Cet arrêt confirme l'opinion de la doctrine selon laquelle le résultat promis en vertu d'un contrat d'entreprise peut consister en la livraison d'un **résultat immatériel**, comme une application informatique pour autant que celle-ci jouisse d'un certain degré d'individualisation<sup>11</sup>. Nous ne pouvons que l'approuver.

## 3. Le contrat de vente

Certains contrats informatiques prévoient **la livraison, parfois « clé en main »**, d'un logiciel, d'une infrastructure informatique, d'un site internet ou d'un e-shop contre le paiement d'un prix. Il paraît logique de soumettre de tels contrats au régime du contrat de vente lorsque l'exécution du contrat implique que la propriété du logiciel ou de l'objet livré passe du prestataire au client et ne comporte pas d'élément de durée, l'exécution s'épuisant dans le simple échange des prestations<sup>12</sup>.

Une nuance doit toutefois être apportée en ce sens que les règles du contrat de vente ne nous paraissent adaptées qu'à la livraison de **solutions informatiques**

---

<sup>8</sup> Art. 363 ss CO.

<sup>9</sup> TF Arrêt du 26 août 2008 4A.265/2008, c. 2.1.2.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> P. GAUCH, B. CARRON, *Le contrat d'entreprise*, Schulthess, Zurich, 1999, N 35.

<sup>12</sup> C'est délibérément que nous excluons du cadre de la présente étude les contrats conclus entre des développeurs de logiciels et des consommateurs portant sur la vente d'un logiciel « standard » qui ne serait pas personnalisé en fonction des exigences du client.

totalemment ou à tout le moins largement **standardisées**<sup>13</sup> (même si elles peuvent être « paramétrées » par le client ou son prestataire d'intégration). En revanche, si le contrat porte sur la conception et la livraison de **produits informatiques individualisés** (intégration de données du client, etc.) répondant à des exigences spécifiques d'un client déterminé, les règles du contrat d'entreprise devraient être préférées à celle du contrat de vente<sup>14</sup>. De même, la durée de la relation juridique est un élément fort, le contrat d'entreprise étant plus adapté aux contrats prévoyant la fourniture de prestations récurrentes, alors que le contrat de vente repose généralement sur un rapport unique d'échange<sup>15</sup>.

#### 4. Le contrat de bail

Outre les contrats de services, les contrats informatiques peuvent également prévoir des prestations se rapprochant d'autres formes de contrats prévus par le CO. Ainsi, un contrat en vertu duquel un prestataire informatique s'engage à héberger des données informatiques de son client – mettant ainsi à la disposition de celui-ci une capacité de stockage (un « espace-mémoire ») contre rémunération – se rapprochera a priori du **contrat de bail à loyer, ou plus vraisemblablement du contrat de bail à ferme**<sup>16</sup>.

Une telle construction est envisageable sur le principe, mais conserve ses **limites**. Ainsi, la réglementation très détaillée du CO applicable en matière de bail immobilier est clairement inadaptée aux problèmes spécifiques que soulève l'hébergement de données informatiques. Par ailleurs, l'aspect de protection sociale des dispositions du bail prévues par le CO (en particulier la protection contre les congés abusifs, la prolongation du bail, etc.) ne saurait être pris en compte dans le contexte des contrats informatiques<sup>17</sup>.

En outre, l'application des règles du bail sous-entend la mise à disposition d'une « chose »<sup>18</sup>. Or, il paraît très discutable d'étendre cette notion de « chose » à des services informatiques, ceci à plus forte raison compte tenu de la tendance actuelle à la « virtualisation des données »<sup>19</sup>. A notre sens, il serait même difficilement concevable d'appliquer les règles du bail à la mise à disposition de droits d'accès à des applications, qui constitue la prestation caractéristique des contrats de fourniture de services d'applications (« *Application Service Provider* » ou

---

<sup>13</sup> ATF 124 III 456 c. 4b.

<sup>14</sup> W. STRAUB, op. cit., p. 29.

<sup>15</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4b/bb, c.f ci-dessous II c.

<sup>16</sup> Art. 253 ss CO ; cf. P.-A. KILLIAS, La responsabilité civile des fournisseurs de services internet, in *Internet 2005*, CEDIDAC, Lausanne 2005.

<sup>17</sup> W. STRAUB, op. cit., p. 96.

<sup>18</sup> Art. 253 CO.

<sup>19</sup> O. KAELIN, Die Sachbegriff in schweizerischen ZGB, Zurich 2002, p. 178-191.

« ASP »)<sup>20</sup>. En définitive, l'application des règles du contrat de bail doit s'envisager avec extrême réserve.

## 5. Le contrat de licence

Un contrat informatique, ou une partie d'un tel contrat, peut consister en la cession de certains droits immatériels, ou seulement d'usage sur un logiciel appartenant au prestataire ou distribué par ce dernier. Un client peut ainsi se voir concéder contractuellement le droit d'utiliser, de commercialiser et d'exploiter un logiciel contre le versement de redevances (« *royalties* ») à son développeur. Un tel contrat tombera généralement sous le régime du **contrat de licence**<sup>21</sup>.

Selon la doctrine, le contrat de licence est un "*contrat par lequel une personne donne à une autre le droit d'utiliser, en tout ou partie, un droit immatériel sur lequel elle a l'exclusivité contre versement d'une rémunération [...]*"<sup>22</sup>. Le contrat de licence doit être qualifié de **contrat innommé sui generis** pour lequel certaines règles propres ont été développées dans la pratique<sup>23</sup>. Le preneur de licence n'a pas davantage de droits que ceux qui lui ont été cédés par le donneur de licence, qui n'a, sauf convention contraire des parties, qu'une obligation d'accorder et de maintenir la jouissance du preneur de licence sur l'objet du contrat. Ainsi, contrairement au contrat de vente ou d'entreprise qui implique un transfert de propriété, les droits du client relatifs à l'accès au code source, au développement, à la commercialisation, à l'utilisation des logiciels par des tiers doivent être expressément prévus par les parties dans le cadre d'un contrat de licence<sup>24</sup>. Nous précisons encore que le contrat de licence nous semble particulièrement approprié pour les contrats de fourniture de services d'applications et ceux, plus généralement, où la mise à disposition d'un logiciel constitue le service principal (« *Software as a Service [SaaS] Agreements* »).

## 6. La société simple

Certains types de projets informatiques nécessitent une **implication très forte des parties** qui œuvreront de concert et sur le long terme en vue de leur réussite. Tel pourra notamment être le cas lors d'une migration de données sur une nou-

<sup>20</sup> M. JACCARD, Les contrats de fourniture d'application, in *Internet 2005*, CEDIDAC, Lausanne, 2005, p. 164. ; Sur la qualification juridique des contrats ASP, voir également IMHOF C., *Der ASP-Vertrag*, Schulthess, Zurich 2008, p. 75 ss.

<sup>21</sup> Pour la cession d'un droit de jouissance et l'étendue d'une telle cession en matière de contrats informatiques cf. ATF 125 III 263, SJ 1999 I 470.

<sup>22</sup> P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich 2003, n° 7003.

<sup>23</sup> A ce sujet cf. notamment W.SCHLUEP/M. AMSTUTZ, *Basler Kommentar*, Einleitung vor art. 184 CO, No 253 ss, Bâle 1992 ; C. IMHOF, *Der ASP-Vertrag*, Zurich 2008, p.103.

<sup>24</sup> cf. G. RAUBER, *IT-Projektvertrag*, in : *Internet-Recht und IT-Verträge*, Berne 2005, p. 246 ss.

velle plateforme, de la conception et de l'exploitation d'une suite applicative répondant aux besoins spécifiques du client, lorsque de tels projets de développement sont destinés à être commercialisés et proposés par la suite à d'autres entreprises actives dans le même secteur d'activité que le client.

En ce sens, la relation entre les partenaires contractuels peut aller jusqu'à se confondre avec un contrat de **société simple**<sup>25</sup> dans lequel chacun des sociétaires effectue un apport à la société et ceux-ci se répartissent les gains et les pertes y afférents. La contribution du client réside alors dans ses connaissances spécifiques et son savoir-faire, qu'il apporte au projet de développement dans une mesure allant au-delà de son simple devoir de participation pouvant découler du contrat d'entreprise. D'autres critères permettent de préférer la qualification d'un contrat de société simple à un autre type de contrat nommé, tels l'intérêt particulier du prestataire à se procurer les connaissances spécifiques du client, l'intention des parties de standardiser le résultat du projet informatique par la suite, l'utilisation par les parties de la dénomination de « projet pilote » ou encore l'existence d'une clause contractuelle prévoyant des droits communs au résultat<sup>26</sup>. Une relation de société simple peut également être retenue à l'égard d'un consortium de prestataires, œuvrant de manière différente, mais en vue de la réalisation d'un objectif commun pour le compte d'un même client<sup>27</sup>.

### C. L'approche du Tribunal fédéral

Devant la constellation de prestations prévues par des contrats informatiques, le Tribunal fédéral a adopté une **approche pragmatique**, au cas par cas. Le Tribunal fédéral 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**<sup>28</sup>.

Dans un arrêt de 1998 déjà, le Tribunal fédéral a précisé que :

*« Le contrat concernant la livraison d'un système informatique composé de "hardware" et de "software" peut être conçu de différentes façons. Le régime juridique applicable doit dès lors être déterminé d'après les circonstances particulières de chaque cas. Lorsque – comme en l'espèce – les prestations du fournisseur ne comprennent ni l'élaboration de projets pour l'ensemble du système, ni le développement des applications, il ne faut pas accepter la*

<sup>25</sup> Art. 530 ss CO.

<sup>26</sup> Cf. TF Arrêt du 24 août 2005, 4C\_166/2005 c. 3.

<sup>27</sup> P. GAUCH, B. CARRON, op.cit., N 255.

<sup>28</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4b/bb ; voir également TF : Arrêt du 26 août 2008 4A\_265/2008/ech ; Arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006 /ech ; ATF 124 III 456, JdT 2000 I p. 176 ; ATF 4C.96/2000.

*prédominance des règles du contrat d'entreprise – qu'une partie de la doctrine recommande – de livrer, en cas d'engagement, un système informatique "clef en main" »<sup>29</sup>.*

Ce cas visait l'introduction, au moyen d'un nouveau système informatique, d'une administration centrale des données d'un client. Le Tribunal fédéral a considéré que le rapport juridique liant les parties ressemblait à celui qui existe entre un vendeur et un acheteur, en ce sens qu'il se rapproche plus d'un « rapport unique d'échange que d'un rapport d'obligation durable ». Sur cette base, le Tribunal fédéral a jugé que l'application des normes du droit de la vente s'imposait, précisant au passage que la mention du droit à la réparation ne traduisait pas systématiquement l'existence d'un contrat d'entreprise, une action en réparation pouvant également être intentée dans le cadre d'un contrat de vente<sup>30</sup>.

Le rattachement d'un contrat informatique à la réglementation d'un contrat prévu par la loi se fera donc en tenant compte des **principales caractéristiques des prestations litigieuses et des obligations des parties**. Ainsi, l'engagement ferme du prestataire de fournir un résultat déterminé à son client sera un indice fort permettant de soumettre le contrat à la réglementation du contrat d'entreprise plutôt qu'à celle du mandat. Le **mode de rémunération** du prestataire et de facturation de ses prestations peut également être utilisé comme un indice de la volonté des parties. Une facturation selon un tarif horaire et en tenant compte des coûts effectivement supportés par le prestataire (facturation dite en « régie ») sera un indice d'un contrat de mandat. A l'inverse, l'accord des parties sur une rémunération forfaitaire ou plafonnée pourra être interprété comme l'indice d'une volonté de soumettre le contrat aux règles du contrat d'entreprise. Il nous faut insister sur le fait qu'il ne s'agit là que d'indices à mettre en rapport avec d'autres éléments essentiels du contrat, et en aucun cas de règles absolues. Dans la pratique, il existe en effet tant des entrepreneurs facturant leur prestation en régie que des mandataires rémunérés sur la base d'un forfait.

La qualification nécessitera souvent d'interpréter le contrat en recherchant la **réelle et commune intention des parties**<sup>31</sup>, en tenant compte du **sens objectif des termes utilisés**<sup>32</sup>. Si une interprétation littérale laisse subsister un doute sur l'intention des parties, il conviendra également de tenir compte des **communications et pourparlers** qui ont précédé la conclusion du contrat et, en particulier, des conditions que l'un des contractants a communiquées à l'autre au début de leur relation d'affaires. En effet, l'attitude des cocontractants avant la conclusion du contrat, pendant la phase de négociations, de même que les circonstances

<sup>29</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4b/bb.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Art. 18 CO.

<sup>32</sup> ATF 131 III 606 c. 4.1, 4.2 ; 130 III 417 c. 3.2.

particulières dans lesquelles les parties ont déclaré leur volonté permettent parfois admettre une intention qui s'écarte du sens ordinaire des termes utilisés. En outre, **l'attitude des parties** postérieurement à la conclusion du contrat et notamment leur comportement dans l'exécution de celui-ci pourra être un élément permettant d'interpréter le contrat et de le qualifier juridiquement<sup>33</sup>.

A noter à cet égard la nécessité de prévoir dans le contrat des règles strictes sur les modifications de périmètre ou de prix et les organes de gouvernance appropriés, et de les appliquer. Trop souvent, les employés, tant du client que du prestataire, qui gèrent au jour le jour des opérations et qui n'ont pas participé aux négociations, tendent à ignorer les dispositions contractuelles précises concernant la gouvernance.

## D. Les enjeux de la qualification juridique

### 1. Une question stratégique

La qualification juridique d'un contrat informatique n'a pas seulement un intérêt de nature académique. La question représente des **enjeux très concrets** pour les parties qui pourront, selon les circonstances, trouver un intérêt à voir telle ou telle règle légale s'appliquer à leurs relations, en particulier en ce qui concerne les **dispositions impératives** prévues par la loi. Ainsi, par exemple, l'applicabilité des règles du mandat aura des conséquences immédiates sur le mode de résiliation du contrat. L'article 404 CO, de nature impérative, autorise chacune des parties à résilier le contrat en tout temps, sans avoir à indemniser l'autre partie pour les conséquences de la résiliation, sous réserve d'une résiliation en temps inopportun<sup>34</sup> – même si ce principe doit être relativisé dans la mesure où selon Tribunal fédéral, l'art. 404 CO ne s'applique pas de manière systématique à l'ensemble d'un contrat informatique composé de prestations mixtes qui ne sont pas des prestations de pur service caractéristiques du contrat de mandat<sup>35</sup>.

Un type de contrat peut aussi être privilégié ou au contraire écarté en raison du **régime de responsabilité** qu'il prévoit. Par rapport au contrat d'entreprise, le mandat ne prévoit la responsabilité du mandataire qu'en cas de faute, alors que l'entrepreneur (ou le vendeur) répond, même sans faute de sa part, en cas de non atteinte des qualités promises contractuellement<sup>36</sup>. Selon l'importance des défauts constatés, l'article 368 al. 2 CO permettra même au maître de refuser la

<sup>33</sup> ATF 123 III 129 c. 3c p. 136 ; 118 II 365 c. 1 p. 366.

<sup>34</sup> TF Arrêt du 7 juillet 2000, 4C.96/2000.

<sup>35</sup> ATF 4C.96/2000 c. 3 ; ATF 109 II 462 c. 3 ; cf. G. RAUBER, IT-Projektvertrag, in : Internet-Recht und IT-Verträge, Berne 2005, p. 236 ss.

<sup>36</sup> Art. 197, 368 CO.

livraison de l'ouvrage et de demander des dommages intérêts ou d'exercer une action « minutoire » visant à la réduction du prix dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

Des différences importantes existent également en matière de **délais de prescription**. Alors que la responsabilité du mandataire peut être recherchée pendant dix ans, la responsabilité de l'entrepreneur pour des défauts affectant l'ouvrage ne peut être recherchée que dans un délai d'un an, sauf défaut caché<sup>37</sup>. Enfin, l'existence d'une société simple entre les parties pourra également avoir des conséquences majeures, notamment par l'interdiction faite aux associés de se faire concurrence et de se porter préjudice<sup>38</sup>, par le principe d'une participation à parts égales aux bénéfices et aux pertes<sup>39</sup>, par l'absence de garanties pour les défauts, ou encore par un nombre limité de causes de dissolution de la société<sup>40</sup>.

L'éventualité d'une application analogique des dispositions du CO est un **facteur qui doit être pris en compte par les parties dès la rédaction d'un contrat informatique**, afin de garantir une certaine prévisibilité dans leur relation. Par une rédaction attentive des clauses du contrat, les parties pourront en effet privilégier ou au contraire écarter certaines dispositions légales susceptibles d'influencer leurs relations contractuelles.

## 2. Qualification formelle et matérielle

Il faut également rappeler que **la dénomination du contrat choisie par les parties n'est pas un critère absolu** et qu'elle ne lie pas un juge ou un arbitre en cas de litige. Ainsi, sans autre indication, un contrat intitulé « *service agreement* » sera vraisemblablement rattaché à un contrat de mandat. Toutefois, un tel rattachement sera écarté en présence d'éléments forts spécifiques à un autre type de contrat. La mention expresse d'une obligation du prestataire de fournir un résultat déterminé pourrait aboutir à une application des règles sur le contrat d'entreprise. C'est bien la **substance du contrat** et, en particulier le type de prestations qu'une partie s'est engagée à fournir en contrepartie d'un prix, qui sera déterminante et qui **prévaudra sur les aspects formels**.

---

<sup>37</sup> Art. 127, 371 CO ; c.f. P. TERCIER, Les contrats Spéciaux, 3<sup>ème</sup> éd, Schulthess, N 4592, p. 663.

<sup>38</sup> Art. 536 CO.

<sup>39</sup> Art. 533 CO ; cf. TF Arrêt du 24 août 2005, 4C.166/2005.

<sup>40</sup> Art. 545 CO.

### 3. Périmètre contractuel et gestion des changements en cours de contrat

Une **identification et une description détaillée des services** faisant partie du « périmètre contractuel » (*in scope services*) est capitale afin de déterminer le régime applicable à un contrat informatique<sup>41</sup>. Toutefois, de nombreux projets informatiques visent à répondre aux besoins individuels d'un client et ont donc un haut degré de spécificité. Il est très difficile de concevoir une standardisation des services à fournir dans ce scénario, qui est fréquent. De plus, certains contrats portent sur des projets complexes impliquant la fourniture de différents services sur plusieurs années. La **définition ex ante** de toutes les prestations nécessaires à la réalisation de l'objectif fixé est souvent une **tâche impossible**, ceci sans compter que le client peut changer d'avis sur certains aspects du projet ou redéfinir ses objectifs (ou son budget !) au fil de l'exécution du contrat. Il n'est donc pas rare que les parties décident, en cours de projet, de **modifier le périmètre contractuel**, soit par l'inclusion de nouvelles prestations, soit, au contraire, par l'abandon de certaines des prestations initialement prévues. En pratique, la définition du périmètre contractuel fait souvent l'objet de désaccords entre les parties, qui parfois sous-estiment l'importance d'une rédaction claire des clauses contractuelles et d'une définition précise des objectifs fixés au prestataire.

**Prix** et périmètre contractuel sont des éléments intimement liés. Le prix ayant été négocié par les parties en fonction du périmètre contractuel, il est logique qu'une fluctuation de celui-ci à la hausse ou à la baisse se répercute sur le prix final. Ainsi, pour le client, une prestation qui ne serait pas incluse dans le périmètre contractuel représentera un **coût additionnel**, lequel peut être important notamment si le client est contraint de négocier le prix d'une nouvelle prestation de manière autonome et non comme faisant partie d'un paquet de prestations. A l'inverse, du point de vue du prestataire, une définition imprécise du périmètre contractuel pourra l'obliger à fournir des services qu'il n'avait pas intégrés dans son offre. Le prestataire veillera donc à définir le plus précisément possible les services compris dans le périmètre contractuel, en identifiant et en énumérant les tâches confiées au prestataire, en particulier si elles sont fournies « au forfait ». Cette définition peut également se faire en **quantifiant les prestations fournies** par le recours à certaines unités de mesure. Ainsi des prestations pourront être exprimées en « jour/homme » (efforts), par exemple.

L'objectif principal d'un client est de **garantir la réussite de son projet**. A cette fin, il s'assurera que le prestataire ne puisse pas refuser de fournir certaines prestations qui auraient été omises dans la définition du périmètre contractuel initial

---

<sup>41</sup> G. RAUBER, IT-Projektvertrag, in Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, p. 221 ss, p. 9/47.

mais qui seraient nécessaires à la réalisation du projet. De plus, les clients veulent disposer d'un maximum de **prévisibilité quant au coût final du projet**. Un client averti devra également empêcher que le prestataire profite d'une situation de dépendance pour soumettre la fourniture de nouvelles prestations à des conditions financières disproportionnées. Compte tenu de ces contraintes, le client veillera à ce que le contrat prévoie un mécanisme clair lui permettant d'imposer une modification du périmètre contractuel si l'inclusion de nouvelles prestations est nécessaire à la réalisation du projet, ainsi qu'une base de calcul applicable aux prestations additionnelles qui seront ajoutées au périmètre contractuel en plus des clauses habituelles de gestion des changements (« *Change Management* »). Une telle précaution pourra prendre la forme d'une clause contractuelle résiduelle, applicable en l'absence de disposition plus précise y dérogeant et destinée à s'appliquer aux prestations supplémentaires ajoutées au périmètre contractuel au cours de la durée du contrat.

### III. Questions choisies

En raison notamment de leur diversité et de la complexité des projets auxquels ils se rapportent, les contrats informatiques soulèvent de nombreuses questions juridiques. Dans le cadre limité de la présente contribution, nous avons choisi de nous concentrer sur deux questions – la responsabilité du prestataire et la résiliation du contrat – qui illustrent à la fois l'originalité des solutions retenues en matière de contrats informatiques et la mise en œuvre des principes généraux du droit contractuel dans un environnement technologique nouveau.

#### A. La responsabilité du prestataire

Quand bien même les contrats informatiques ne font pas partie des contrats réglementés dans la partie spéciale du CO, la responsabilité des parties à de tels contrats reste avant tout soumise aux **règles générales des articles 97 ss CO**. Ainsi, la responsabilité du prestataire ne sera engagée que si les conditions suivantes sont remplies : l'inexécution d'une obligation contractuelle par le prestataire, une faute, un lien de causalité et la survenance d'un dommage.

La faute étant présumée en matière contractuelle, nous nous concentrerons sur la détermination du dommage et l'exigence d'un lien de causalité.

## 1. La détermination du dommage et la notion de défaut en matière de contrats informatiques

### a) *L'impossibilité de livrer un produit informatique sans défaut*

Par rapport aux contrats de services « classiques », les contrats informatiques se distinguent du point de vue du régime de la garantie pour les défauts. En effet, il est unanimement admis qu'aucun logiciel ne peut être totalement exempt de pannes ou d'autres dysfonctionnements. A l'impossible nul n'est tenu et, puisque **le 0% d'erreurs est un objectif considéré comme inatteignable**, il ne peut pas non plus être exigé d'un prestataire informatique<sup>42</sup> (au contraire de la mise en place gratuite, au plus vite et sans coûts additionnels, d'un correctif ou « *patch* »).

### b) *Les accords de niveau de service (Service Level Agreements ou SLA)*

Les prestataires informatiques et leurs clients ont développé une pratique consistant à définir contractuellement des **critères objectifs de performance**, qui prennent généralement en compte une certaine marge d'erreur ou d'absence de performance. Dans les contrats informatiques prévoyant des prestations récurrentes, ces critères sont généralement intégrés dans des annexes au contrat principal dénommées « accords de niveau de service » ou « *Service Level Agreements* » auxquelles l'on se réfère souvent dans la forme abrégée « *SLA* ». Les accords intègrent différents types de mesures telles que la disponibilité d'une solution informatique ou d'une infrastructure, la fréquence admissible d'incidents, la réactivité en cas de panne, le taux de résolution d'incidents, la satisfaction des utilisateurs, etc. Ces valeurs constituent des indicateurs de performance (ou « *Key Performance Indicators* ») qui permettent d'**exprimer de manière quantitative et objective la qualité de la prestation** de services rendue<sup>43</sup>.

Grâce à cette « objectivation » des niveaux de services par le biais des SLA, l'obligation du prestataire ne se limite pas à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la survenance d'une panne. Un prestataire **s'engagera en effet à respecter les critères définis dans les SLA et sera tenu responsable s'il n'y parvient pas**. Du point de vue de la qualification juridique, l'engagement du prestataire à assurer un niveau de service objectivement vérifiable par le client, constitue une obligation de résultat qui favorise grandement un rattachement du contrat aux règles du contrat d'entreprise (c.f. ci-dessus I.2 lit. b). En matière d'externalisation (« *outsourcing* ») l'utilisation d'indicateurs de performance offre également au client une possibilité de contrôle de la qualité des prestations,

<sup>42</sup> L. MORSCHER, *Leistungsbeschrieb, Gewährleistung und Haftung in IT-Verträgen*, in *IT-Verträge*: 10. Tagungsband. Bern, 2007. P. 73, 94.

<sup>43</sup> Sur le rôle et l'importance pratique des SLA, cf. J. De WERRA, *Les contrats de niveau de service*, in *Internet 2005*, CEDIDAC, Lausanne 2005, p. 111 ss.

une comparaison avec la situation qui prévalait avant l'intervention du prestataire ainsi qu'une progression planifiée des exigences dans le temps.

Par rapport aux règles générales du CO et aux règles applicables aux différents contrats spéciaux, les contrats intégrant des SLA présentent certaines particularités.

Tout d'abord, la responsabilité du prestataire dans le cadre d'un SLA **ne dépend en général pas d'une faute** commise par le prestataire. Selon la systématique des SLA, l'existence d'une faute se confond avec la non-atteinte des indicateurs de performance et crée la présomption que le client a subi un dommage du simple fait de la non-atteinte de ces indicateurs. En raison de son caractère automatique, la sanction financière prévue par les SLA en cas de non-atteinte des niveaux de services définis se rapproche de la réglementation applicable en matière de clause pénale<sup>44</sup>. Malgré l'absence de jurisprudence sur ce point, l'applicabilité de l'article 163 al. 3 CO qui autorise le juge à réduire, même *ex officio*, une clause pénale lui paraissant excessive ne peut dès lors être exclue.

En outre, les SLA ont pour effet de **fixer par avance les conséquences financières** de ces « manquements »<sup>45</sup>. Dans une large mesure, leur usage **rend superflue la détermination du préjudice** subi par le client en raison de la mauvaise exécution du contrat par le prestataire et les parties s'épargnent ainsi les discussions laborieuses qui souvent entourent cette question. La solution la plus répandue pour « indemniser » le client en raison de la non atteinte des niveaux de services imposés par les SLA consiste à prévoir l'émission par le prestataire de **notes de crédit**, que le client pourra faire valoir sur la fourniture de services dans le cadre du contrat. A l'inverse, l'atteinte des indicateurs de performance pourra servir de base pour calculer des **bonus** venant s'ajouter à la rémunération du prestataire. Du point de vue du client, un tel système de bonus/malus simplifiera la mise en œuvre de la responsabilité du prestataire pour les défauts, alors que pour le prestataire, il représentera une motivation supplémentaire à prêter dans le respect du contrat.

Une attention particulière doit donc être portée à la rédaction des SLA, alors que cet aspect de la relation est souvent négligé.

c) *Application des règles générales du CO*

En l'absence de SLA, les règles générales du CO sur la responsabilité pour les défauts s'appliquent pleinement aux contrats informatiques. Ainsi, le Tribunal fédéral a appliqué le raisonnement propre à la responsabilité du vendeur pour les

---

<sup>44</sup> Art. 160 ss CO.

<sup>45</sup> J. DE WERRA, *op. cit.*, p. 124.

défauts d'un logiciel selon les articles 197 CO et 205 al. 2 CO<sup>46</sup>. Le Tribunal fédéral a notamment retenu que la résolution du contrat ne pouvait se faire qu'aux conditions suivantes :

- la prestation fournie présentait des défauts qui matériellement ou juridiquement enlèvent à la chose soit sa valeur soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure, ou qu'elle ne correspond pas aux qualités promises ; et
- le **défaut est si important** que les circonstances justifient de résoudre le contrat plutôt que de simplement réduire le prix. Tel est le cas notamment lorsque l'objet du contrat est inutilisable en raison du défaut ou que les coûts de réparation, ou la moins-value, sont élevés et que le défaut ne peut de ce fait pas être complètement éliminé. Si en revanche on peut exiger de l'acheteur qu'il maintienne le contrat et que les intérêts du vendeur s'opposent à sa résolution, il faut admettre une simple réduction du prix.

Relevant que dans le cas d'espèce, le défaut affectant le logiciel aurait pu être constaté déjà au début du développement, et que son architecture aurait pu être adaptée dans le but d'éviter le défaut, le Tribunal fédéral a considéré que le défaut n'était pas important au point de justifier une résolution du contrat et qu'on pouvait dès lors exiger du client qu'il accepte le logiciel malgré le défaut<sup>47</sup>. Cet arrêt a également permis de **clarifier la notion de défauts en matière de logiciel**. Ainsi, le Tribunal fédéral a souligné que « *les erreurs du "software" ne sont des défauts au sens juridique que lorsqu'elles ont pour effet l'absence d'une qualité promise ou qu'elles entravent ou excluent la capacité fonctionnelle du "software" pour l'usage prévu* »<sup>48</sup>. S'agissant de défauts affectant les manuels d'utilisation du programme, le Tribunal fédéral a considéré que « *l'insuffisance de manuels ne justifie en général une résolution du contrat que lorsqu'elle a pour conséquence l'impossibilité d'utiliser le système livré, par exemple lorsque absolument aucune documentation concernant le programme n'est livrée ou qu'elle est rédigée dans une langue étrangère que l'acheteur ne comprend pas* »<sup>49</sup>.

Ces éléments de réflexion ne devraient pas être généralisés. Dans certaines situations, l'obligation de documenter les processus suivis, le développement d'un logiciel, les scripts de la compilation ou les conditions d'utilisation peuvent être véritablement critiques pour le client.

---

<sup>46</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4d/aa.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4d/bb

<sup>49</sup> Idem, c. 4d/bb.

## 2. Le lien de causalité et le devoir étendu de collaboration du client

### a) Causalité et faute concomitante

Une des conditions de la responsabilité du prestataire est que le dommage survenu dans le patrimoine du client soit la conséquence de la violation de ses obligations contractuelles par le prestataire. On parle en ce cas de l'exigence d'un **lien de causalité**<sup>50</sup>.

Toutefois, même lorsqu'un tel lien de causalité existe, il se peut que le dommage soit le résultat de plusieurs causes, dont certaines ne sont pas imputables au prestataire mais au client ou à des tiers. Il se peut même que le créancier (dans notre cas le client) commette également une faute d'une importance telle qu'elle relègue la violation du contrat par le prestataire au second plan dans l'enchaînement de circonstances ayant mené à la survenance du dommage. On parle alors de **rupture du lien de causalité**. L'article 44 CO prévoit à cet égard que « *le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur* ».

### b) Particularité des contrats informatiques dans ce domaine

De nombreux contrats informatiques prévoient la fourniture d'une prestation présentant un **haut degré de spécificité** en ce sens que la solution livrée ou le service fourni sera défini par les exigences d'un client déterminé. Cette individualisation des prestations est particulièrement présente dans les contrats d'externalisation informatique, qui impliquent que le prestataire intervienne « *chez* » son client dans un environnement déjà existant et qu'il organise avec lui le fonctionnement de la relation de sous-traitance que le contrat vise à instaurer. Une fois cette relation mise en place, le prestataire restera en contact étroit avec le client pendant toute la durée de la relation contractuelle. De tels contrats nécessitent donc une implication très forte de la part du client, ce qui s'explique non seulement par les raisons pratiques susmentionnées, mais également d'un point de vue juridique. En effet, tant en vertu des règles générales du CO<sup>51</sup> que

<sup>50</sup> Selon la jurisprudence, pour qu'un tel lien soit reconnu, il est nécessaire que la violation des obligations contractuelles soit la cause « naturelle et adéquate du dommage ». La causalité dite « naturelle » est réalisée si la violation des obligations contractuelles est une condition sine qua non de la survenance du dommage. Quant à la « causalité adéquate », elle ne sera réalisée que si la violation des obligations contractuelles est de nature, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience générale de la vie, à produire ou à favoriser un tel résultat. Sur ces notions voir P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Stämpfli, Berne 1997, p. 482 ss.

<sup>51</sup> Art. 55 CO, 101 CO.

de lois spéciales<sup>52</sup>, une entreprise qui sous-traite l'exploitation de son système d'information demeure intégralement responsable de la bonne marche de ce système vis-à-vis des tiers. De plus, la tendance de l'industrie est clairement de privilégier l'externalisation-métier (« *Business Process Outsourcing* »), à l'externalisation d'une seule tâche technique, limitée à la mise en place et à la gestion de l'infrastructure informatique et applicative (« *Information Technology Outsourcing / Outtasking* »)<sup>53</sup>.

Le client est donc tenu à un **devoir de collaboration** (« *Mitwirkungspflicht* »), dont l'étendue sera souvent **proportionnelle au degré d'individualisation des prestations** fournies. Ce principe a été mis en évidence notamment dans un arrêt de 2007 dans lequel le Tribunal fédéral a constaté que le paramétrage d'un logiciel répondant aux besoins spécifiques du client « *ne se conçoit pas sans une collaboration entre les parties* » ajoutant que « *seul le client [...] était à même de déterminer si ses besoins spécifiques avaient été bien pris en compte et donc de valider la migration des données et l'individualisation des fonctions qui s'effectuaient en plusieurs étapes* »<sup>54</sup>.

Ce devoir de collaboration peut s'exprimer de plusieurs manières. Tout d'abord, il consiste en la **transmission au prestataire des informations** qui lui seront nécessaires afin d'exécuter le contrat. Il peut également consister en une obligation de procéder à la **réception des différentes prestations** qui lui sont livrées par le prestataire au cours du projet, notamment en menant des **tests**. Notons qu'à cet égard le client partie à un contrat informatique peut se voir opposer les incombances auxquelles sont tenus l'acheteur et le maître selon les règles du contrat de vente et d'entreprise, notamment l'**obligation de vérifier promptement l'état de la chose** dès la livraison et **d'adresser un avis au prestataire** afin de préserver ses droits liés à la garantie pour les défauts<sup>55</sup>. Le Tribunal fédéral a néanmoins retenu qu'une certaine souplesse devait être admise en ce qui concerne la communication en temps utile des défauts au prestataire, en raison de la complexité relative des prestations informatiques<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Voir notamment dans le domaine bancaire la Circulaire 2008/7 de la FINMA « Outsourcing – banques Externalisation d'activités dans le secteur bancaire » (anciennement circulaire CFB 99/2), qui prévoit en son paragraphe 26 que « *L'entreprise continue d'assumer, à l'égard de la FINMA, la responsabilité relative au domaine d'activités externalisé.* ». Son paragraphe 27 précise encore que « *L'entreprise demeure responsable, à l'égard de la FINMA, également pour les domaines d'activités transférés, comme si elle les exploitait elle-même.* ».

<sup>53</sup> L. MORSCHER, Business Process Outsourcing (BPO) Strukturische und Rechtliche Aspekte, in ICT-Verträge-Outsourcing ; éd. O. ARTER, L. MORSCHER, Stämpfli, Berne, 2008, p. 20.

<sup>54</sup> TF Arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006, c. 3.4.

<sup>55</sup> Art. 201 CO, 367 CO.

<sup>56</sup> ATF 124 III 456.

Le client doit également **veiller à garantir le bon déroulement du projet** selon le calendrier convenu et ne pas être lui-même en demeure<sup>57</sup>. Ainsi, il doit notamment effectuer tous les **travaux préparatoires** qui permettront au prestataire de débiter l'exécution du contrat dans les délais prévus. Nous verrons que le client ne peut faire valoir un retard du prestataire, pour imposer des pénalités au prestataire ou même pour se départir du contrat, que dans la mesure où il a lui-même respecté ses obligations (voir ci-dessous III.B.4.c).

Le devoir de collaboration peut aussi prendre la forme de la **direction du projet par le client**. Sur des projets d'importance, il se peut que le client assume un rôle d'entrepreneur général responsable de diriger et de coordonner l'intervention de différents prestataires. Ainsi, un même client peut être lié à différents prestataires assumant tous une fonction différente (éditeur de logiciel, intégrateur de données, hébergeur de données, etc.) mais œuvrant pour la réalisation d'un objectif commun. En ce cas, le client sera responsable vis-à-vis de chaque prestataire de la contribution des autres prestataires au projet.

c) *Différends liés à la responsabilité*

Le devoir de collaboration est très souvent invoqué par les prestataires pour tenter d'échapper à leur responsabilité ou de la réduire. Ces clauses sont donc très importantes dans la négociation et la rédaction d'un contrat informatique.

Il est en effet courant que les prestataires dont les prestations sont mises en cause se fondent sur un devoir de collaboration étendu du client, tentant ainsi de **rejeter la responsabilité sur le client**, afin de minimiser ou d'exclure leur propre responsabilité conformément à l'article 44 CO. Cette tendance marquée est encore favorisée par la **haute technicité de certaines prestations qui peut rendre difficile la délimitation des responsabilités respectives** du prestataire et du client. Dans la même veine, les prestataires cherchent souvent à faire dépendre leur obligation de prester, ou d'atteindre un certain résultat de la réalisation de certaines conditions prédéfinies contractuellement (on parle dans ce cadre d'« *assumptions* »). Ce système offre une stratégie de défense aux prestataires, qui souvent chercheront en premier lieu à contester que les conditions contractuelles posées à leurs obligations soient réalisées.

Il est donc souhaitable pour les clients de prévoir une **répartition la plus claire possible des prestations entre les parties** et de décrire ces prestations de façon minutieuse. Les clients pourront également se protéger en documentant chacune de leur intervention et en établissant des directives détaillées à l'attention des prestataires. Pour des raisons de preuve et d'efficacité, la centralisation de la

---

<sup>57</sup> « Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte, ou d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut exécuter son obligation », Art. 91 CO.

communication entre les mains d'une ou de quelques personnes du côté du prestataire comme du client nous paraît également une mesure souhaitable.

d) *Causalité et force majeure*

La faute concomitante du client n'est pas la seule circonstance susceptible de rompre le lien de causalité entre la non-exécution par le prestataire de ses obligations contractuelles et le dommage subi par le client. En effet, selon les règles générales du CO sur l'inexécution (art. 97 ss CO), un « **cas de force majeure** » peut également s'interposer dans la chaîne d'événements ayant conduit au dommage et reléguer la faute du prestataire au second plan<sup>58</sup>. Un « cas de force majeure » consiste en un **événement irrésistible provoqué par des forces naturelles**, telle une inondation, un incendie, un tremblement de terre<sup>59</sup>. La notion de force majeure ne s'applique pas seulement aux événements naturels, mais également aux **faits de l'homme** (déchaînement de la violence, guerre, contestation violente, brigandage, etc.) et aux « faits du prince » (séquestre de biens ennemis, embargo, fermeture des frontières, etc.)<sup>60</sup>.

Comme l'immense majorité des contrats de service, la plupart des contrats informatiques prévoient une clause ayant pour effet d'**exclure la responsabilité du prestataire** en cas de dommage causé par un cas de force majeure. Toutefois, certains contrats visent spécifiquement à garantir la continuité – ou à tout le moins, le moins d'interruptions possible – d'un système informatique en toutes circonstances, y compris en cas de catastrophe naturelle. On qualifie généralement de « **disaster recovery** » la prestation visant à rétablir le fonctionnement d'un système dans un temps prédéfini après la survenance d'une catastrophe naturelle ou d'un autre événement similaire. A l'évidence, dans un contrat prévoyant de telles prestations, le prestataire ne pourra pas invoquer la survenance d'un cas de force majeure pour exclure ou réduire sa responsabilité.

Il est d'usage dans ce type de contrats d'établir une **classification des incidents selon leur gravité** – soit selon leur impact potentiel sur le bon fonctionnement du système informatique concerné – et de prévoir des **temps limites de réaction** pour les différents niveaux de gravité. Par exemple, face à un événement qualifié de « critique », le prestataire disposera d'un délai de deux heures pour rétablir le système alors qu'un événement « majeur » devra être résolu dans un délai de vingt-quatre heures.

---

<sup>58</sup> P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997, p. 468-469.

<sup>59</sup> Selon la définition donnée par le Tribunal fédéral, un cas de force majeure consiste en « un événement extérieur, extraordinaire, imprévisible, d'une violence insurmontable, entraînant la violation d'un devoir universel ou d'une obligation » (ATF 91 II 474, 487, JT 1966 I p. 551, ATF 90 IV 265, 270).

<sup>60</sup> P. ENGEL, *idem*, p. 469.

A nouveau, il convient de porter une attention soutenue à la rédaction des clauses contractuelles. Enfin, il faut relever que d'autres causes que la force majeure peuvent également exclure la responsabilité du prestataire, notamment l'inexécution par le client de ses propres obligations, et en particulier celle des paiements des prix commerciaux (art. 82 CO, *exceptio non adimpleti contractus*). Dans la perspective de la défense des intérêts du client, il est recommandé de prévoir l'engagement du prestataire de continuer à fournir ses prestations même en cas de différend financier.

## **B. Les mécanismes de résiliation des contrats informatiques**

### **1. Contrats ponctuels et contrats de durée**

Parmi les contrats informatiques, il est important de distinguer les contrats de durée prévoyant des prestations récurrentes à d'autres contrats visant une intervention ponctuelle. Nous avons vu que le Tribunal fédéral avait notamment utilisé ce critère de **réurrence** pour distinguer les contrats informatiques soumis au droit de la vente d'autres contrats soumis aux dispositions régissant le contrat d'entreprise<sup>61</sup> (c.f. ci-dessus I.2).

La résiliation des contrats informatiques ponctuels soulève relativement peu de difficultés en pratique. En revanche, les contrats régissant des projets informatiques de durée, et notamment les contrats de projets doivent prévoir des mécanismes élaborés permettant aux parties de sortir de la relation lorsque les circonstances l'exigent.

### **2. Echéance des contrats de durée**

Comme pour d'autres contrats de durée, les contrats informatiques de durée définissent généralement un **terme fixe avec une reconduction automatique sauf dénonciation** par l'une ou l'autre des parties. Il est également possible de prévoir un **contrat-cadre** qui demeure en vigueur tant et aussi longtemps que le client adresse des commandes au prestataire, qui feront l'objet de sous-contrats définissant les termes de la mission confiée (« *Statements of Work* »).

Ainsi, un contrat informatique de durée pourra « **s'éteindre de lui-même** » si un terme arrive à échéance et que les parties décident de ne pas le reconduire ou que le client décide de ne plus passer de commandes au prestataire.

---

<sup>61</sup> ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, c. 4b/bb.

### 3. La résiliation ordinaire

La résiliation ordinaire intervient indépendamment de toute faute ou violation du contrat par l'un des partenaires. Dans de nombreux contrats, la mise en place du projet débute par une phase d'études et d'apprentissage, ce qui a pour conséquence que **l'exécution du contrat ne sera généralement bénéficiaire pour le prestataire qu'après une certaine durée**, qui peut être de plusieurs années pour les projets les plus importants. Aussi, de tels contrats prévoient généralement une durée initiale minimale durant laquelle le client ne peut résilier le contrat. Une telle règle sera toutefois inapplicable si le contrat est assimilé à un contrat de mandat, car l'exigence d'une durée initiale minimale contrevient à la règle impérative de l'article 404 CO qui autorise chacune des parties à mettre un terme au mandat en tout temps. Comme nous l'avons vu, ce principe doit toutefois être appliqué avec réserve, le Tribunal fédéral ayant jugé que l'article 404 CO n'était pas toujours applicable de manière impérative aux contrats informatiques, ceux-ci étant de nature mixte et non limités à la seule prestation de services<sup>62</sup>.

Au-delà de cette période initiale, les parties voudront conserver la possibilité d'une résiliation anticipée moyennant le respect d'un préavis contractuel, souvent de plusieurs mois.

### 4. La résiliation extraordinaire

#### a) *Les principales éventualités justifiant une résiliation anticipée du contrat*

En certaines circonstances, graves, la bonne foi contractuelle ne permet plus d'exiger de la partie qui résilie qu'elle respecte un préavis contractuel. Ainsi, le contrat prendra fin avec effet immédiat lorsque le prestataire tombe en faillite, ou fait l'objet d'une mesure concordataire. Selon les cas, la nécessité de mettre fin au contrat peut également se présenter lorsque l'une des parties passe sous le contrôle économique ou juridique d'un tiers. Ces clauses de changement de contrôle peuvent causer des soucis extrêmes au client ou au prestataire dans le cadre d'une acquisition par exemple.

Pour le reste, les parties définissent le plus souvent de manière précise les éventualités qu'elles considèrent d'une gravité suffisante pour justifier une résiliation immédiate du contrat. Il peut s'agir par exemple d'une violation systématique ou répétée de certaines obligations cardinales par l'une des parties, ou la non-atteinte récurrente des indicateurs de performance inscrits dans les SLA. Les clauses sont en général âprement négociées.

---

<sup>62</sup> TF Arrêt du 7 juillet 2000 4C.96/2000, c. 3.

b) *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*

Les parties ne pouvant prévoir tous les cas de figure susceptibles de se présenter au cours de leur relation, elles souhaitent généralement conserver une certaine flexibilité et évitent dès lors de se lier en énumérant de manière exhaustive les **motifs de résiliation extraordinaire**. Aussi, il est d'usage de se référer aux « justes motifs de résiliation retenus par la jurisprudence du Tribunal fédéral », souvent à défaut de référence plus précise.

Le Tribunal fédéral a développé une **jurisprudence extensive** en matière de justes motifs de résiliation au regard de nombreux contrats spéciaux. Il a également considéré que l'ordre juridique suisse comportait un principe général selon lequel la résiliation pour justes motifs était possible dans tous les contrats de durée nommés ou non<sup>63</sup>. La doctrine et la jurisprudence ont même spécifiquement reconnu l'existence d'un droit à la résiliation extraordinaire « pour justes motifs » en matière de contrats informatiques, en se fondant tant sur l'élément de durée que présentent généralement de tels contrats que sur le rapport de confiance privilégié existant entre le client et le prestataire informatique sur des projets informatiques de grande envergure<sup>64</sup>.

La notion de « **justes motifs** » est appréciée et concrétisée par le juge en fonction des **circonstances particulières** de chaque cas et des intérêts en présence. Il est tenu compte notamment des responsabilités des parties, de la nature et la durée des rapports, ainsi que la nature et l'importance des manquements contractuels<sup>65</sup>. La doctrine propose de définir de manière fonctionnelle ces motifs, soit comme « *toutes les circonstances qui font que la continuation du contrat jusqu'à l'expiration de sa durée convenue ou jusqu'au prochain terme ordinaire de résiliation ne peut raisonnablement être exigée au regard des règles de la bonne foi ou, selon d'autres termes équivalents, qui rendent la continuation du contrat intolérable pour la partie qui résilie* »<sup>66</sup>.

La jurisprudence du Tribunal fédéral offre une **casuistique très riche** sur ce point. Certaines des situations qualifiées de « justes motifs » sont spécifiques à un certain type de contrat de durée, mais la plupart sont des événements qui ont

---

<sup>63</sup> ATF 122 II 262, JdT 1997 I 13, sur cette question : M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, éd. P. Gauch, Schulthess 2007, N 339, p. 119.

<sup>64</sup> STRAUB, *Informatikrecht*, p. 201 ss ; cf. également un arrêt de la cour cantonale de Lucerne LGVE 1989 I No 1 du 23 janvier 1989 ; TF Arrêt du 12 mars 2002 4C.382/2001.

<sup>65</sup> ATF 104 II 29 ; ATF 108 II 444 c. 2.

<sup>66</sup> M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op. cit., N 375, p. 133-134 ; cette définition renvoie à celle donnée à l'art. 337 al. 2 CO en matière de résiliation du contrat de travail avec effet immédiat, laquelle a été reprise de manière générale dans la jurisprudence en relation avec le principe général de la résiliation pour justes motifs ; ATF 130 III 28.

trait à la bonne foi entre partenaires contractuels et à la loyauté commerciale. On retrouve notamment dans cette seconde catégorie les circonstances suivantes :

- Violations de la loi – en particulier la commission d’une infraction pénale – ou des bonnes mœurs au détriment du cocontractant (ou de nature à jeter le doute sur l’aptitude du fautif à mener à bien le contrat) ;
- Violations des obligations de confidentialité (en particulier la divulgation de secrets d’affaires) ou de non-concurrence ;
- Inactivité, grave insuffisance de ressources<sup>67</sup> ;
- Violation de l’obligation de fidélité par la tromperie, comportement hostile et contraire aux engagements contractuels, affirmation de faits contraires à la réalité ou omission d’informer sur une circonstance que la loyauté commerciale oblige à divulguer<sup>68</sup> ;
- Retard dans l’exécution tel qu’il pouvait en être déduit un refus ou une incapacité de s’exécuter<sup>69</sup> ;
- Non-respect systématique des consignes de sécurité ;
- Violations contractuelles répétées<sup>70</sup>.

Cette liste n’est évidemment pas exhaustive et c’est la **rupture effective du lien de confiance** nécessaire à la continuation du contrat qui reste le critère déterminant pour juger – selon les circonstances du cas d’espèce – de l’existence ou de l’absence d’un « juste motif » de résiliation<sup>71</sup>.

Le motif fondant la résiliation extraordinaire doit être considéré comme étant **suffisamment grave** tant d’un point de vue objectif (apprécié selon les règles de la bonne foi) que subjectif (rendant la continuation du contrat effectivement insupportable pour la partie qui résilie). Un juste motif n’est admis que si le manquement d’une partie à ses obligations contractuelles est particulièrement grave ou si un manquement qui n’est en soi pas particulièrement grave a été réitéré en dépit d’un avertissement préalable. De même, un juste motif peut être admis lorsque plusieurs manquements, qui pris en eux-mêmes ne sont certes pas suffisamment graves pour justifier une résiliation extraordinaire, sont toutefois propres à rompre définitivement le lien de confiance entre les parties lorsqu’ils sont pris dans leur ensemble. Il est parfois possible de mentionner explicitement dans le contrat une liste étendue de justes motifs que les parties seraient d’accord de considérer comme suffisamment graves pour entraîner une résiliation immé-

---

<sup>67</sup> M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 271 et les références citées.

<sup>68</sup> M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 276.

<sup>69</sup> Cf. ATF 89 II 30 ; 92 II 299 ; RVJ 2003 p. 282.

<sup>70</sup> Cf. RVJ 2003 p. 282 ; ATF 130 III 28 c. 4.1 ; ATF 129 III 380 c. 2.1. ; ATF 127 III 153 c. 1c.

<sup>71</sup> Cf. notamment ATF 108 II 444 ; TF Arrêt du 15 juillet 2005, 4C.293/2004 c. 2.1.

diates, tels que la violation des clauses de protection des données ou de droits de propriété intellectuelle.

c) *La réglementation du contrat d'entreprise*

L'applicabilité des dispositions relatives au contrat d'entreprise peut présenter un avantage certain du point de vue du client, en le protégeant face à des retards excessifs du prestataire. En effet, l'article 366 al. 1 CO prévoit un **droit du maître de se départir du contrat en cas de retard important** dans le commencement ou l'exécution des travaux, lorsqu'il apparaît que le terme convenu ne pourra pas être respecté par l'entrepreneur.

Un client qui déciderait d'invoquer cette disposition pour se retirer du contrat devra être replacé dans la position qui était la sienne avant la conclusion du contrat (*status quo ante*). Il sera donc remboursé de toutes les dépenses qu'il a effectuées dans l'exécution du contrat, mais sans être autorisé à utiliser les ouvrages, ou les parties d'ouvrage déjà livrés. Cette disposition trouve application notamment lorsque les parties sont convenues d'un calendrier auquel elles ont donné une force obligatoire en vertu du contrat. Il faut toutefois préciser en relation avec le devoir de collaboration du client (voir ci-dessus III.A.2.b) que l'article 366 CO ne pourra pas être valablement invoqué lorsque le retard a été causé par des circonstances imputables au client – qu'il s'agisse d'une faute concomitante ou même d'une modification du périmètre des prestations – ou à des circonstances extérieures indépendantes du prestataire<sup>72</sup>.

Outre le cas particulier de l'article 366 al. 1 CO, la réglementation du contrat d'entreprise prévoit un principe général selon lequel **tant que l'ouvrage n'est pas achevé, le maître de l'ouvrage peut se départir en tout temps du contrat en indemnisant l'entrepreneur** et en le rémunérant pour le travail déjà fourni<sup>73</sup>. Cette règle, consacrée à l'article 377 CO, ne prévoit pas de résolution (*ex tunc*) comme dans le cas de l'article 366 CO, mais bien une résiliation (*ex nunc*) du contrat, avec la conséquence que le maître est autorisé à conserver l'ouvrage, inachevé, déjà en sa possession. De plus, tandis que la résolution en vertu de l'article 366 al.1 CO implique un retard fautif du prestataire, la résiliation selon l'article 377 CO est une décision discrétionnaire du maître, dont la rigueur est compensée par l'obligation d'indemniser l'entrepreneur et de payer le travail fourni<sup>74</sup>. Le Tribunal fédéral a mis en évidence la relation existant entre ces deux dispositions en indiquant que lors que les conditions d'application de l'article 366 CO n'étaient pas réunies, notamment lorsque le maître ne respecte pas son obligation d'imposer un délai à l'entrepreneur au sens de l'article 107 CO, la

<sup>72</sup> F. CHAIX, Commentaire romand du CO, ad art. 366 CO, N 12.

<sup>73</sup> Art. 377 CO.

<sup>74</sup> ATF 117 II 273 ; TF arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006.

réglementation de l'article 377 CO devenait automatiquement applicable par défaut<sup>75</sup>.

Notons toutefois que si les conditions d'une résolution pour justes motifs sont remplies mais que le maître préfère la voie de la résiliation selon l'article 377 CO, l'indemnité à verser au prestataire peut être réduite voire même supprimée en application des règles sur la **faute concomitante**<sup>76</sup>. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que l'existence de justes motifs de résiliation était de nature à justifier une réduction de l'indemnité tout en niant la réalisation des justes motifs dans le cas d'espèce<sup>77</sup>. Selon le Tribunal fédéral, l'« *existence d'un juste motif de résiliation et son incidence sur l'obligation d'indemniser du maître, sont des questions d'appréciation à trancher selon les règles du droit et de l'équité* »<sup>78</sup>.

En revanche, le Tribunal fédéral a estimé qu'une réduction de l'indemnité de l'article 377 CO, par analogie à l'article 44 CO, n'est pas opposable au prestataire lorsqu'elle réside dans la mauvaise exécution ou dans les retards imputables à l'entrepreneur qui surviennent en cours de travaux, ces éventualités tombant sous le coup de l'article 366 CO<sup>79</sup>. Dans un arrêt consacré à un contrat informatique, le Tribunal fédéral a en outre clairement indiqué que la réduction de l'indemnité était une **exception** au principe de la fidélité contractuelle qui devait être **interprétée strictement** et qu'elle n'était prise en compte qu'en cas de manquement grave du prestataire à ses obligations<sup>80</sup>.

Outre des droits étendus de résiliation, la réglementation du contrat d'entreprise offre également d'**autres avantages** au client. Ainsi, dans certaines circonstances, le client peut être autorisé à pallier aux déficiences de son prestataire en faisant effectuer les réparations ou la continuation des travaux par un tiers aux

---

<sup>75</sup> ATF 98 II 115, JT 1973 I p. 172-177, c. 2, in G. RAUBER, op. cit., p. 36/47.

<sup>76</sup> ATF 117 II 273 ; TF Arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006 ; F. CHAIX, Commentaire romand du CO, ad art. 377 CO, N 17. La circonstance justifiant la réduction ne peut pas être un retard car cette éventualité tombe sous le coup de l'art. 366 al. 1 CO.

<sup>77</sup> TF arrêt du 10 septembre 2002 4C.387/2001, c. 6.2, 6.5.

<sup>78</sup> TF arrêt du 10 septembre 2002 4C.387/2001, c. 6.2, TF arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006, c. 3.3.3.

<sup>79</sup> ATF 96 II 192.

<sup>80</sup> TF arrêt du 27 avril 2007, 4C.393/2006 « *Il ressort encore du dossier que, de manière générale, la coopération et l'information entre les parties n'ont pas été optimales et il est concevable que cela ait pu conduire à une perte de confiance entre les parties, qui a amené la recourante à mettre un terme à leurs relations contractuelles. Toutefois, une telle perte de confiance ne permet pas en soi de déroger au système de l'art. 377 CO, qui constitue une exception au principe de la fidélité contractuelle et qui doit être interprété strictement. De même, tout grief même objectivement défendable ne suffit pas. Il faut que l'entrepreneur ait eu un comportement répréhensible, qui a contribué de manière importante à la rupture* ».

frais et aux risques du prestataire<sup>81</sup>. L'exercice de cette prérogative du maître de l'ouvrage maintient le contrat en force et, mis à part les prestations ainsi confiées à un tiers, les autres obligations du prestataire demeurent intégralement exigibles.

d) *Les conséquences financières de la résiliation extraordinaire*

Conformément aux règles générales de responsabilité contractuelle des articles 97 ss CO, la partie qui résilie un contrat de durée pour justes motifs en raison d'une faute de l'autre partie a droit à la réparation de l'**intérêt positif**, soit à l'intérêt qu'avait la partie qui résilie à l'exécution régulière du contrat jusqu'à son échéance normale. Ainsi, l'indemnisation doit permettre de replacer la partie qui résilie dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait pris fin normalement, soit à l'échéance de la durée convenue ou au terme du délai de résiliation le plus proche. Il convient de rappeler ici qu'en matière de contrats de durée la résolution du contrat portant un effet *ex tunc* (art. 107 al. 2 CO in fine) – et obligeant les parties à répéter les prestations déjà fournies – n'est **admise qu'à titre exceptionnel** au vu de circonstances particulières. En règle générale, la seule option ouverte au créancier faisant face à la demeure de son débiteur est de résilier le contrat avec effet *ex nunc* ou d'agir en exécution<sup>82</sup>.

Les principes généraux relatifs au calcul du dommage s'appliquent également à la détermination du dommage consécutif à la résiliation pour justes motifs. Ainsi, le dommage sera constitué des **frais supplémentaires** qu'a dû consentir la partie qui résilie pour obtenir l'exécution des prestations prévues dans le contrat de base et dont il conviendra de **déduire les économies réalisées** du fait de la fin prématurée du contrat (par exemple le non-paiement de la partie non exécutée du contrat initial). De plus, le **gain manqué** résultant de la non-exécution du contrat initial pourra également faire partie du dommage. Lorsque la résiliation est le fait du client, il convient alors de déterminer quelle aurait été sa situation patrimoniale si le prestataire avait effectué ses prestations en conformité avec les clauses du contrat jusqu'à son prochain terme. En revanche, le client qui résilie devra se laisser imputer sur le montant du dommage les frais épargnés suite à la fin prématurée du contrat.

Dans certains projets complexes (notamment en matière d'externalisation) les parties sont souvent liées par une **multitude de contrats regroupés sous une**

---

<sup>81</sup> « Lorsque'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur » Art. 366 al. 2 CO.

<sup>82</sup> L. THEVENOZ, Commentaire romand du CO, ad art. 107, N 43.

**architecture commune.** Cette situation pourra créer certaines difficultés d'interprétation en cas de résiliation extraordinaire, dans la mesure où l'éventuelle indemnisation de la partie qui résilie sera calculée sur la base de l'intérêt de cette partie à la bonne exécution du contrat. Il conviendra donc le cas échéant de procéder à une interprétation de la volonté des parties afin de déterminer si l'intérêt positif comprend l'intérêt à l'exécution de tous les contrats relatifs au même projet ou seulement à certains d'entre eux. En d'autres termes, la question se posera de savoir si cette structure contractuelle prévoit un ensemble indissociable de prestations ou si au contraire chacun des contrats doit être pris pour lui-même et fonde une prétention autonome à une indemnisation en cas de résiliation extraordinaire.

Enfin, notons que si une résiliation pour justes motifs peut, aux conditions que nous venons d'évoquer, autoriser son auteur à réclamer une indemnisation du préjudice subi, elle peut également se retourner contre celui-ci si elle n'est pas fondée. En effet, si **la résiliation pour justes motifs est contestée** avec succès par son destinataire, celui-ci peut à son tour demander à être indemnisé pour le préjudice qu'il subit du fait de la résiliation anticipée du contrat.

La présence d'une **faute concomitante** de la partie qui résilie n'aura en principe pas pour effet d'exclure sa faculté de réclamer des dommages-intérêts, mais elle interviendra néanmoins en tant que facteur de réduction de l'indemnité (art. 44 CO). En revanche, si la résiliation extraordinaire n'est pas justifiée, il y a un risque que les règles prévalant pour le contrat d'entreprise soient appliquées par analogie. Selon ces règles, le maître d'ouvrage a le droit de résilier le contrat en tout temps même sans faute de l'entrepreneur, moyennant l'indemnisation complète de l'entrepreneur<sup>83</sup>. L'indemnisation correspond à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution du contrat tel que conclu par les parties. Le maître d'ouvrage peut alors être tenu de payer l'entrepreneur pour les travaux déjà effectués et de l'indemniser pour le bénéfice manqué, sous déduction des économies ou gains éventuels réalisés par l'entrepreneur suite à la résiliation anticipée.

En ce sens, la résiliation pour justes motifs pourra constituer une **arme à double tranchant** puisqu'elle expose celui qui s'y résout à un risque concret de devoir indemniser son partenaire. Cette faculté devra par conséquent être utilisée avec réserve, et demeurer une **véritable *ultima ratio*** à n'envisager que de dans les situations les plus graves où la continuation de la relation est devenue réellement impossible.

Nous pouvons dès lors formuler **quelques recommandations pratiques aux clients** sur la négociation et la rédaction des clauses de résiliation des contrats informatiques :

---

<sup>83</sup> Art. 377 CO.

- Les clients auront un intérêt à favoriser l'application de l'article 404 CO, qui permet à chacune d'entre elle de mettre fin en tout temps au contrat en étant tenu d'indemniser le prestataire qu'en cas de résiliation en temps inopportun. Nous avons toutefois vu que l'applicabilité de cette disposition aux contrats informatiques n'était pas sans limites.
- Le périmètre contractuel devra être délimité précisément et ne pas laisser la place à une interprétation extensive ou restrictive par le prestataire.
- Il est intéressant pour le client de prévoir une clause de résiliation anticipée assortie du paiement d'une somme forfaitaire (« *lump sum* ») afin d'assurer la plus grande prévisibilité du « coût » d'une résiliation.
- Il est également souhaitable de « découper » un projet d'envergure en phases successives tout en laissant une possibilité de résiliation anticipée à l'échéance de chacune de ces phases.
- La rémunération du prestataire devrait également être échelonnée dans le temps afin de suivre l'évolution concrète du projet.

#### **IV. Observations finales**

Le juriste peut être désorienté par la lecture de contrats portant sur des prestations informatiques. Face à un jargon auquel il n'est pas habitué, confronté à de multiples annexes techniques et financières dont l'importance pratique lui échappera peut-être, il sera en peine d'identifier les risques juridiques de la relation nouée entre le prestataire et son client. L'enjeu est pourtant de taille, puisque près de la moitié des projets informatiques complexes se soldent par un échec – entraînant rapidement les parties sur le terrain délicat de la résiliation et de la responsabilité.

La première tâche du juriste sera de comprendre précisément la nature et l'étendue des services demandés au prestataire et ceux dont la violation pourrait conduire à l'échec du projet. Cette démarche est essentielle pour déterminer la qualification du contrat, question déjà abordée par les tribunaux et dépendant grandement des prestations en cause.

Lorsque les services fournis ne s'insèrent pas clairement dans le moule de la vente de solutions clé en main, de la livraison d'un ouvrage sur mesure ou encore de purs conseils, le rôle du juriste consistera alors à négocier des clauses contractuelles qui permettront de protéger au mieux les intérêts de son client. Pour l'aider dans cette démarche, il pourra s'appuyer sur des éléments aussi divers que la description et la nature des services, le mode et le calendrier de facturation ou encore l'étendue du devoir de collaboration du client. Il aura soin de dresser une liste détaillée des cas de justes motifs autorisant une résiliation et d'établir une description précise des conséquences financières d'une sortie du contrat. Il faudra aussi régler le sort de la propriété intellectuelle développée en cours de contrat,

---

recourir à une terminologie adaptée, ne pas oublier l'obligation de prester malgré les différends financiers, et prévoir l'assistance active du prestataire à la fin de la relation. Enfin, pour les projets les plus ambitieux (notamment en matière d'externalisation), la mise en place de mécanismes de gouvernance clairs et détaillés et d'organes contractuels investis de pouvoirs étendus sont recommandables afin de vérifier la bonne avancée du projet et de faciliter le règlement progressif des différends opposant les parties.

Ce n'est que sur la base de discussions préparatoires poussées avec son client que le juriste pourra tenter d'intégrer dans le contrat ces différents éléments, susceptibles de réduire les risques de litiges entre parties.

