

## **L'indivisibilité des contrats informatiques: Comment gérer une résiliation en cascade dans un ensemble contractuel?**

De nombreuses architectures contractuelles sont possibles pour vos projets informatiques : contrat cadre + contrats d'application / conditions générales + conditions particulières sous forme de différents contrats en annexe / superposition de différents contrats ayant des objets distincts et des prestataires informatiques distincts.

La jurisprudence et la doctrine sont parfois confuses quant à la détermination de l'impact que peut avoir la résiliation d'un de ces contrats sur les autres.

Par exemple, la résiliation d'un contrat de licence d'utilisation d'un logiciel peut-elle impacter le contrat de maintenance portant sur ce même logiciel ou sur le contrat d'intégration de ce logiciel ?

Cette particularité est encore plus délicate lorsque plusieurs prestataires informatiques interviennent sur un même projet.

De plus en plus couramment les projets d'intégration de système complexes font intervenir de nombreux et différents acteurs :

- Un contrat de licence du logiciel à intégrer avec un éditeur
- Un contrat d'intégration avec un intégrateur
- Un contrat de maintenance avec un tiers mainteneur
- Un contrat d'hébergement avec un hébergeur
- Etc ....

Comment résilier votre contrat d'intégration et de maintenance si le contrat de licence est résilié ?

Le juge est libre d'apprécier le caractère indivisible ou non des contrats concernés. Pour ce faire, le juge se réfère notamment à un critère clé qui est « l'économie générale du contrat ». Ce concept s'apprécie objectivement, notamment, par rapport à la convergence des finalités des différents contrats.

Dans ce contexte, il est dans l'intérêt des parties d'organiser en amont les conséquences de cette résiliation « en cascade », notamment, en prévoyant une clause spécifique dans les contrats concernés.

C'est ainsi que le contrat d'intégration de système, le contrat de maintenance ou encore le contrat d'hébergement pourra prévoir parmi ses causes de résiliation, la résiliation du contrat de licence du logiciel auquel il se rapporte.

Une telle clause permet donc d'assurer une meilleure sécurité juridique, a priori entre les parties, à condition de la rédiger de telle façon que le juge ne l'écarte pas pour retenir une appréciation différente...

## La résolution non judiciaire des contrats: une petite porte ouverte dans le monde où le contrat est roi !

« Le contrat fait la loi des parties », « ce que la volonté des parties fait seule la volonté des parties peut le défaire »... tant de principes qui ont justifié que soit exclue la résolution unilatérale des contrats ... seul le recours au juge pouvait permettre la résolution du contrat.

Votre contrat ne pourra être résolu que :

- Si le juge prononce cette résolution à la demande d'une des parties (article 1184 du Code civil),
- Si les parties ont prévu une clause dans ce sens dans le contrat, qui sera cependant interprétée de façon très stricte par le juge,
- Si la loi le prévoit. Par exemple, l'article 114-1 du Code de la consommation prévoit que le consommateur peut dénoncer le contrat de vente d'un bien meublé ou de fourniture de services par LRAR, en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant sept jours et non dû à un cas de force majeure.

En 2003, la jurisprudence est discrètement venue ouvrir une brèche dans le beau principe de la force obligatoire du contrat et admet qu'un cocontractant puisse annuler unilatéralement son contrat c'est-à-dire sans recourir au juge.

Cette possibilité a évolué ces dernières années et reste cependant encadrée de façon très stricte, puisque la partie qui souhaite résoudre le contrat doit :

- **Notifier** sa décision de résolution à l'autre partie de manière claire,
- **Respecter** un préavis afin de permettre au cocontractant de se préparer à cette résolution, par exemple en cherchant un nouveau cocontractant, et
- **Motiver** sa décision de résolution. Il doit être capable de démontrer que :
  - o Le comportement de son cocontractant est à l'origine de sa décision, **et que**
  - o Ce comportement a été d'une **telle gravité** que le contrat doit-être annulé. Il est intéressant de noter qu'il n'est pas nécessaire que ce comportement constitue un manquement contractuel.

Cette possibilité doit cependant être maniée avec la plus grande précaution ! D'autant que les conséquences sur le contrat (anéantissement rétroactif -remboursement/restitution- ou seulement pour le futur) ne sont pas clairement figées par la Jurisprudence. En effet, les juges considèrent que la résolution unilatérale est décidée par la partie « à ses risques et périls ».

Si vous décidez d'une telle résolution sans l'encadrer et notamment sans caractériser/prouver un comportement d'une « gravité suffisante », vous risquez par exemple une condamnation à des dommages et intérêts pour résolution abusive. De plus il ne faut pas oublier que cette résolution ne doit pas aller à l'encontre d'autre disposition légales, et ne doit pas par exemple constituer une rupture brutale de relation d'affaires établies !

S'il vous est possible d'**anticiper** il est donc fortement recommandé d'organiser cette résolution unilatérale dans les clauses de vos contrats.

Sinon, face à un comportement très grave de votre cocontractant, une porte de sortie vous est donc peut-être ouverte.... mais préparez bien cette sortie en rassemblant les preuves utiles et en adressant des lettres en cohérence avec les contraintes légales ....

## Le nouveau régime des « cookies » : l'accord préalable des internautes

L'ordonnance du 24 août 2011 est intervenue notamment pour renforcer la protection des consommateurs, leur vie privée et leurs données personnelles.

Elle instaure notamment l'obligation de recueillir l'accord préalable des internautes pour l'installation de logiciels qui observent la navigation sur Internet d'un internaute (cookies).

En effet, l'article 37 modifie la loi informatique et liberté en exigeant que:

- « Ces accès ou inscriptions [cookies] ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle. »

Il faut noter que cet accord préalable n'est pas nécessaire lorsque le cookie concerné a pour finalité exclusive de permettre ou de faciliter la navigation dans un site internet (par exemple pour constituer un panier d'achat) ou s'il est strictement nécessaire à l'utilisation d'un service fourni en ligne à la demande de l'internaute.

Cette demande d'accord préalable s'applique donc à tout cookie utilisé pour collecter des informations à caractère personnel d'un internaute pour analyser son comportement sur internet.

Comment recueillir cet accord ? La loi prévoit deux possibilités : (i) soit l'internaute paramètre son navigateur pour accepter ce type de cookies (il ne faut pas que ce paramétrage soit installé « par défaut ») (ii) soit il donne son accord dans le cadre d'un dispositif « sous son contrôle ». Une case à cocher semble être le meilleur moyen pour recueillir ce consentement.

### Il est donc recommandé:

- d'informer les internautes (i) sur la finalité recherchée par les cookies qui seront installés sur son équipement (ordinateur ou portable) et (ii) sur les moyens dont il dispose pour s'y opposer et
- de recueillir le consentement de l'internaute préalablement à l'installation de ces cookies. A retenir : Le moyen utilisé pour collecter cet accord doit rester sous le « contrôle » de l'internaute

... A vos CGV et autres mentions d'information à destinations de vos internautes ...

## Comment protéger votre image numérique ou comment gérer votre e-réputation ?

Avec la démultiplication des plateformes relationnelles, réseaux sociaux, blogs, outils CRM et autres moyens de diffusion de données à caractère personnel, maîtriser sa e-réputation devient délicat et difficile. Il est pourtant aujourd'hui très important de contrôler et maîtriser son image numérique.

C'est sur la base de cette préoccupation que la CNIL a publié, le 24 août dernier, une liste de questions/réponses ainsi que des conseils sur la gestion et la maîtrise de l'e-réputation.

En particulier, la CNIL rappelle que vous n'êtes pas démunis face à un contenu négatif qui circule sur internet et nuit à votre réputation.

En effet, la loi « informatique et libertés » vous permet de demander la suppression de toute donnée vous concernant et de l'obtenir lorsqu'elle est légitime. Les textes souvent utilisés pour s'opposer à une telle demande sont ceux relatifs à la liberté d'expression ou la liberté de la presse.

Ainsi, lorsque vous constatez la diffusion d'un contenu nuisible à votre réputation, il faut en premier lieu demander au responsable du site internet de supprimer ces informations.

Si vos données ne sont pas supprimées dans les 2 mois qui suivent cette demande, vous pouvez adresser une réclamation à la CNIL. Si malgré l'intervention de la CNIL, le contenu n'est pas supprimé, vous devrez alors formuler votre demande devant les tribunaux qui jugeront du caractère légitime de votre demande... mais cette action judiciaire peut vite devenir très compliquée si le contenu concerné est hébergé à l'étranger.

Les entreprises d'e-réputation ont fait leur apparition. Elles proposent des services allant de la recherche des contenus nuisibles, de l'accompagnement dans la procédure de demande de suppression présentée ci-avant à l'occultation des données litigieuses. La mise en ligne de nombreuses informations positives ou neutres permet de les faire apparaître en premier niveau lors des recherches, ce qui, avec le temps fera « oublier » les contenus négatifs.

Aujourd'hui l'e-réputation ne concerne plus uniquement les personnes physiques ; les sociétés sont également de plus en plus préoccupées par la réputation véhiculée par la toile tant sur elle-même que sur leurs produits et services.

Pensez donc à taper régulièrement votre nom ou celui de l'entreprise que vous entendez protéger, dans un ou plusieurs moteurs de recherches pour voir les informations qui y circulent ...

**Pour ce qui concerne les entreprises, si vous décidez de faire appel aux services d'une société d'e-réputation pour le contrôle et la maîtrise de votre image numérique, soyez vigilant lors de la négociation de ce contrat afin que ses termes prennent en compte la finalité recherchée ...**

## Opt-in ou opt-out ? : Quelles obligations à la charges des ecommerçants ou ecommunicants ?

La question fait souvent l'objet de l'actualité, aussi bien technologique que juridique. Dans le monde anglo-saxon, une simple recherche sur internet permet de se rendre compte de la popularité de la formule pour résumer les différentes approches possibles sur des sujets très variés (ex : sur la règle à adopter sur le don d'organes, sur l'accessibilité à des sites pour adultes, ou encore bien évidemment sur le marketing).

En France, la formule est généralement réservée au secteur du marketing et suscite de nombreux débats, s'agissant d'effectuer un arbitrage entre la prise en compte des nécessités du commerce et d'autres considérations telles que la vie privée des internautes.

Un article très récent<sup>1</sup> a ainsi souligné entre autres que les économistes et psychologues considèrent notamment que notre fainéantise nous pousse vers la simplicité et la facilité mais également que la plupart d'entre nous perçoivent les choix par défaut comme des recommandations s'imposant à nous !!!

Ceci explique pourquoi, très concrètement, le choix entre opt-in et opt-out est important. **Ce choix dépend non seulement du droit local de chaque pays mais également de la problématique envisagée.** Sans entrer dans les détails<sup>2</sup>, les grandes lignes de la position française sur le sujet en matière de prospection directe sont les suivantes<sup>3</sup> :

- Le droit français retient le principe de l'opt-in. Est en effet interdite « *la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen* ».
- Toutefois, le principe de l'opt-out est appliqué à la prospection directe par courrier électronique :
  - ✓ lorsque les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui, dans le respect de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale<sup>4</sup>.
  - ✓ selon la CNIL, lorsqu'elle est effectuée à destination de l'adresse électronique professionnelle de personnes physiques, si le message leur est envoyé au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme privé ou public qui leur a attribué cette adresse.
- Le consentement doit être libre, spécifique, et informé. La CNIL recommande que le consentement préalable (ou le droit d'opposition) soit recueilli par le biais d'une case à cocher, estimant que l'utilisation d'une case pré-cochée est contraire à la loi.

<sup>1</sup> Article de Steve Lohr publié le 15 octobre 2011 dans le New York Times et intitulé « The Default Choice, So Hard to Resist ».

<sup>2</sup> Des conditions supplémentaires doivent être respectées, notamment celles guidées par le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. L'attention du lecteur est attirée sur le fait que le présent article ne saurait s'analyser comme un conseil juridique.

<sup>3</sup> La prospection directe est définie par l'article L.34-5 du Code des postes et communications électroniques comme « l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services ».

<sup>4</sup> Il est ici intéressant de relever que l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 a supprimé le terme « directement » après le terme « recueillies », ce qui semble rendre applicable cette exception à la collecte indirecte de données à caractère personnel.

## L'ordonnance sur les communications électroniques est arrivée !

L'ordonnance (2011 – 1012 du 24 août 2011) composant le troisième « paquet télécom » a été promulgué le 26 août dernier. Elle vise notamment à transposer les directives européennes 2009/140/CE et 2009/136/CE, du 25 novembre 2009.

Les principaux points s'articulent autour de 4 axes :

- assurer une meilleure régulation du secteur des communications électroniques ;
- permettre une gestion du spectre plus efficace et faciliter l'accès des différents utilisateurs aux fréquences radioélectriques ;
- renforcer la sécurité des réseaux et des services : les opérateurs de communications électroniques ont dorénavant l'obligation de notifier les atteintes à la sécurité ou à l'intégrité des réseaux et services (article 5) et l'obligation de les soumettre, à la demande du ministre, à un contrôle de sécurité qui sera réalisé par un tiers (article 6) ;
- renforcer la protection des consommateurs, leur vie privée et leurs données personnelles.

S'agissant de la protection de la vie privée et des données personnelles dans le cadre des services de communications électroniques, le code des postes et des communications électroniques, le code de la consommation et la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés sont complétés par de nouvelles obligations. Par exemple :

- a)** les opérateurs sont dorénavant contraints de notifier les éventuelles violations de données personnelles (articles 7 et 38) : Les opérateurs doivent ainsi <sup>5</sup> :
- avertir la CNIL sans délai dès qu'ils constatent une violation de données à caractère personnel ; Il faut comprendre « par violation de données à caractère personnel » : « *toute violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisé à des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques* »
  - avertir les utilisateurs concernés en cas de violation pouvant porter atteinte aux données à caractère personnel ou à la vie privée sauf si la CNIL constate que « *des mesures de protection appropriées ont été mises en œuvre par le fournisseur afin de rendre les données incompréhensibles à tout personne non autorisée* » ;
  - tenir à jour un inventaire des violations de données à caractère personnel.
- b)** aucun logiciel qui observe la navigation sur Internet d'un internaute (cookies) ne peut être mis en place avant que cet internaute ait donné son accord (article 37)
- c)** un dispositif visant à lutter contre les communications non sollicitées est institué (articles 8 et 32) : le régime de l'opt-in/opt-out est « clarifié ».

**... il ne vous reste plus qu'à mettre à jour vos CGU, CGV et être attentif dans la négociation de vos contrats avec vos partenaires e-commerce ...**

<sup>5</sup> Le non-respect par les opérateurs de cette nouvelle obligation de notification est sanctionné par 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.

## Les constats d'huissier et l'informatique: la validité juridique d'un constat dépend d'actions techniques

Contrefaçon de votre site internet ? Usage non-autorisé de votre marque sur internet ? Diffusion sur un web d'une œuvre intellectuelle à laquelle vous n'avez pas donné votre accord ?

Vous ne pouvez engager un contentieux sans avoir obtenu au préalable la preuve de tels actes délictueux : **le constat d'huissier** constitue en ce sens l'un des outils juridiques permettant d'apporter cette preuve.

Pour autant, la force probante d'un constat d'huissier dépend à la fois du respect des dispositions spécifiques aux huissiers et à la procédure civile<sup>6</sup>, mais aussi d'un certain nombre **de précautions techniques**, appréciées strictement par la jurisprudence.

La norme AFNOR «*Mode opératoire de procès-verbal de constat sur internet effectué par Huissier de justice*»<sup>7</sup> reprend certaines règles techniques énoncées par la jurisprudence, qui sont notamment les suivantes, sans que cette liste ne soit exhaustive :

Exigences à satisfaire	Actions
Description de l'environnement du constat	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Description du dispositif utilisé pour le constat internet, notamment : les références du matériel utilisé (ordinateur, imprimante, mode de connexion des imprimantes, etc.) et des logiciels utilisés (logiciel spécifique le cas échéant pour effectuer les copies-écran, etc.), système d'exploitation, etc.</li> <li>• Description de la structure du réseau informatique de l'Huissier, notamment : absence de proxy, précisions sur les pare-feu, indication de l'adresse IP, etc.</li> <li>• Précision des informations relatives à la connexion internet, notamment : nom du fournisseur d'accès, n° contrat avec le fournisseur d'accès, adresse IP du réseau internet, des serveurs DNS, type de connexion utilisée et matériel associé, nom et caractéristique du navigateur utilisé, etc.</li> </ul>
Manipulations techniques de l'huissier	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'Huissier effectue des manipulations techniques spécifiques sur le poste utilisé pour le constat, notamment : analyse virale, analyse des logiciels espions, suppression de l'historique, vérification de la date et de l'heure, paramétrage en mode « blank » du navigateur, récupération de l'adresse IP, vidage de la mémoire cache, de la corbeille, suppression des cookies, indication de l'adresse du lieu du constat, etc.</li> <li>• L'huissier doit s'identifier, si nécessaire, imprimer les pages constatées et les annexer au constat en précisant les manœuvres effectuées à chaque étape du constat.</li> <li>• Pour clôturer le constat, l'huissier est tenu de faire apparaître le code source de la page constatée, déterminer l'adresse IP du site cible, déterminer l'itinéraire vers le site cible et fournir les informations relatives au nom de domaine du site web visité.</li> </ul>

<sup>6</sup> Décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des Huissiers de justice, Ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des Huissiers.

<sup>7</sup> Norme NF Z67-147 de la Commission de Normalisation AFNOR « Actes Authentiques d'Huissier de Justice » de septembre 2010.

## { FICHE PRATIQUE DU MOIS }

### La réversibilité : un enjeu purement opérationnel ?

La notion de réversibilité implique un retour ; ce qui est confié à un prestataire extérieur va revenir tôt ou tard dans le giron du client (ou être transféré à un autre prestataire).

Plus précisément, le terme de « réversibilité » implique dans sa forme même une capacité, une possibilité : ce qui est réversible est susceptible d'être inversé, de faire l'objet d'une machine arrière. Sans être versé dans l'étymologie ou les lettres, on comprend dès lors immédiatement que le maître-mot en la matière est l'anticipation.

Il s'agit en effet d'adresser autant que possible les inquiétudes et risques liés à la transmission de certaines tâches et données stratégiques à un prestataire externe. Une partie importante des réflexions autour des décisions en matière d'externalisation, ou encore pour prendre une illustration très à la mode actuellement, en matière de cloud computing, doit être accordée à la question de la réversibilité.

**L'anticipation** est le mot clé.

L'opérationnel et le juridique doivent avancer main dans la main sur ce sujet pour faire de la réversibilité un projet réussi !

Un cadrage adéquat en amont étant nécessaire, insérez une clause ou une annexe dans votre contrat pour notamment :

→ définir la **durée**

→ définir le **périmètre** : comprendra-t-elle de la formation ? De l'assistance technique et administrative ? Le transfert de connaissances s'accompagnera-t-il d'un transfert des outils utiles ou nécessaires à la prestation ? Devez-vous prévoir un transfert des contrats nécessaires à la prestation (ex : un contrat d'hébergement/contrats de licence/contrats de maintenance) ? Obtenez des garanties sur la manière et le format suivant lesquels seront restituées les données, etc....

→ anticiper les **conditions financières**: allez-vous payer la réversibilité dans tous les cas de résiliation du contrat ? à combien vont s'élever les frais ? Il faut penser à limiter ces frais...

→ **préparer** la prise en main : prévoyez des reportings réguliers, demandez l'utilisation de standards du marché

→ prévoir **l'imprévisible** : tout ne pouvant être prévu dès la signature du contrat, prévoyez la rédaction d'un plan de réversibilité. Le plan décrira les processus, délais, étapes et obligations applicables, et devra pour être utile à la fin du contrat, être mis à jour au cours de la vie du contrat.

Rappelez-vous : tout ce qui n'est pas prévu à la signature du contrat est très difficile à obtenir par la suite. **Alors, la réversibilité, pensez-y suffisamment tôt !**

Retrouvez nos articles sur [www.itlaw.fr](http://www.itlaw.fr)

*Cette newsletter et son contenu sont protégés par le Code de la Propriété Intellectuelle.*

*Toute diffusion ou reproduction sans le consentement préalable et écrit d'ITLAW Avocats SELARL est interdite.*

**Directeur de publication : Claudia Weber ([claudia.weber@itlaw.fr](mailto:claudia.weber@itlaw.fr))**

## **IT LAW Avocats**

11 place Adolphe Chérioux  
75015 PARIS  
Tél : 01 45 30 54 25  
Fax : 01 79 75 61 40