

Contrats informatiques

39 LES CLAUSES-TYPES DANS LES CONTRATS INFORMATIQUES : LE SURGELÉ CONTRACTUEL !

Article rédigé par :

Yves BISMUTH,

avocat à la cour, chargé d'enseignement à la faculté de Paris XII, président d'honneur de l'AFDIT



Le contrat a pour but de comprendre les besoins et les traduire en termes juridiques, d'analyser la solution et la traduire en termes d'engagement, d'anticiper les différends et les traduire en obligations. Dans le domaine très évolutif qu'est celui de l'informatique, l'insertion de clauses-types répondra difficilement à ces exigences.

« En leur règle n'était que cette clause : fais ce que tu voudras » (François Rabelais, *Gargantua*)

Quelle belle clause-type !

Est-elle encore d'application possible dans le domaine contractuel ?

Les contrats informatiques sont complexes, techniques et soumis à une importante évolutivité des technologies ce qui leur impose de s'adapter et d'anticiper dès l'origine les possibles changements sociaux ou technologiques, ainsi que les besoins des utilisateurs.

Face à cette situation, comment concevoir qu'un tel contrat soit constitué, selon l'expression du professeur Mousseron, à base de « surgelé contractuel », c'est à dire de clauses modélisées directement intégrables au contrat ?

La clause-type serait une sécurité juridique à trois titres :

- éviter les clauses abusives ;
- accroître la protection de la partie la plus faible ;
- contribuer à l'ordre public.

Toute clause doit s'interpréter en fonction des autres clauses du contrat et du contexte contractuel¹. Ces clauses *a minima* constituent une base de négociation entre les parties.

Mais le juge se doit, face à toutes les clauses, de rechercher la volonté des parties et, si celle-ci paraît aléatoire, le juge se doit de lever l'ambiguïté du contrat en recherchant l'utilité sociale ou l'équité². Il s'agit de rechercher la protection du « faible ».

Il est nécessaire de réfléchir à la notion de clause-type en dehors et au sein du droit de l'informatique.

Hors du droit de l'informatique trois domaines peuvent illustrer nos propos.

• Le droit des assurances.

La réglementation des contrats d'assurance recourt fréquemment aux clauses-types et prévoit notamment à l'article L. 111-4 du Code des assurances que « l'autorité administrative peut imposer l'usage de clauses-types de contrats ».

Concrètement, l'article L. 132-9-1 du même Code impose l'introduction dans tout contrat d'assurance-vie d'une clause-type informant le souscripteur des conséquences et des modalités de la désignation du ou des bénéficiaires.

La clause-type d'assurance a une valeur impérative et exige, en conséquence, que l'acte, sans être une « copie servile » de la clause contienne « sans ambiguïté toutes les mentions » pré-

1. C. civ., art. 1161.

2. C. civ., art. 1135.

vues par le modèle type³. À défaut, la non conformité de la clause à la norme doit être sanctionnée par la nullité.

Toutefois, l'existence d'une clause-type administrative n'emporte pas une sécurité juridique absolue, comme en témoigne l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 octobre 1989, qui a décidé qu'une clause-type de l'assurance obligatoire de responsabilité décennale des constructeurs, imposant une exclusion, n'était valable qu'à condition d'être formelle et limitée.

La cour a ainsi cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait validé une clause d'exclusion de garantie visant « les phénomènes naturels présentant un caractère catastrophique tels que tremblements de terre, inondations... »⁴.

« Les marchés publics : Le cahier des clauses administratives générales (CCAG)

Le cahier des clauses administratives générales est un document type, adopté par décret, qui constitue un guide pour l'acheteur public.

Dès lors qu'il y est fait référence, le cahier des charges devient un document contractuel auquel les parties ne peuvent déroger que d'un commun accord.

En matière informatique, le CCAG utilisé était celui de fourniture courante et de services.

Pendant, cette situation va évoluer grâce à l'élaboration par Bercy d'un projet de CCAG dédié aux technologies de l'information et de la communication. Ce dernier prévoit notamment des dispositions spécifiques concernant l'utilisation, la maintenance, le transfert de propriété ou encore l'utilisation des résultats des logiciels et progiciels.

« Le droit communautaire : Les clauses-types de transfert de données vers des pays tiers

Depuis 2004, les responsables de traitement peuvent avoir recours à un ensemble de clauses contractuelles types mis en place par la Commission européenne, et destiné à encadrer les transferts de données à destination des responsables de traitement établis hors de l'Union européenne. Cette faculté offre désormais des garanties suffisantes aux transferts de données personnelles à l'égard de pays qui n'assurent pas un niveau adéquat de protection.

Qu'en est-il alors de la matière informatique ?

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris a adopté en 2005 un contrat-type de commerce électronique proposant aux commerçants des clauses-types accompagnées d'un guide d'utilisation et de précautions à prendre.

Par ailleurs, l'Agence pour la protection des programmes met à disposition des internautes des modèles de clauses-types de communication de codes sources, de cession ou de concession de droits.

On voit ainsi poindre la question suivante : quel rôle la clause-type est-elle susceptible de jouer ?

La clause-type a vocation tout d'abord, à répondre à un critère d'ordre public et garantit *a minima* le respect des principes essentiels afin de ne pas vider le contrat de sa cause ou de son objet.

Elle permet également la protection de la partie la plus faible au contrat.

Enfin, elle facilite le travail du juriste qui en faisant abstraction de toute réflexion peut utiliser des clauses-types par une technique de copier/coller dénuée de valeur ajoutée.

La clause-type viserait alors à remplacer le travail du juriste ce qui ne peut être satisfaisant car la normalisation ne peut être adaptée à un monde changeant et évolutif tel que celui de l'informatique où chaque prestation varie suivant l'expression des besoins d'un client.

Cette solution de clause-type ne peut donc à mon sens être transposée dans le monde des contrats informatiques.

Certes il existe des contrats informatiques que l'on veut transformer en contrat d'adhésion informatique mais les deux caractéristiques principales d'un contrat informatique sont et restent :

- l'imbrication du juridique et du technique ;
- la collaboration des acteurs contractuels.

Cela plaide donc pour l'élaboration d'un contrat équilibré et donc de clauses adaptées.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la clause-type dans les contrats informatiques constitue un aveu de la faiblesse du contrat (2) mais aussi et peut-être surtout l'aveu de la faiblesse des cocontractants (1).

1. La clause-type, aveu de la faiblesse des contractants

Deux catégories de clauses-types peuvent ici être abordées : les clauses abusives et les clauses inutiles.

A. - Les clauses-types abusives

Les contrats informatiques contiennent parfois des clauses abusives comme en témoignent les recommandations relatives aux contrats de fourniture d'accès à l'internet ou à la vente mobilière par internet édictées par la Commission des clauses abusives.

Dans une telle hypothèse, le tribunal de grande instance de Bobigny a pu considérer que les clauses abusives d'un contrat type de commerce électronique « doivent être soit supprimées, soit réécrites de façon à corriger les déséquilibres entre professionnel et consommateur » et a précisé que la simple réécriture purement formelle, c'est-à-dire produisant les mêmes effets juridiques, ne peut conduire le juge de l'exécution à considérer que l'injonction a été respectée.

On peut encore citer les décisions des tribunaux d'instance de Cherbourg et de Béthune⁵ qui relèvent la présence de clauses abusives dans des contrats d'accès à internet, ainsi que la décision de la première chambre civile de la Cour de cassa-

3. Cass. 1^{er} civ., 25 avr. 1989, n° 87-15.791.

4. Cass. 1^{er} civ., 25 oct. 1989, n° 87-18.391 ; JurisData n° 1989-703292 ; JCP G 1989, IV, p. 411.

5. TGI Cherbourg, 12 juill. 2007, Jean-Marie L. c. AOL - TGI Béthune, 5 avr. 2007, X c/ Numéricable.

tion⁶ qui promeut l'obligation des fournisseurs d'accès au rang d'obligation de résultat et prohibe toute clause prévoyant une obligation de moyens.

On assiste donc comme le dit le professeur Stoffel-Munck, à « un bouquet de clauses abusives » chez Wanadoo sanctionnées par la décision du tribunal de grande instance de Nanterre du 9 février 2006 dans une affaire UFC-Que choisir contre France Telecom⁷.

B. - Les clauses-types inutiles

Trois exemples de clauses inutiles peuvent illustrer nos propos.

1° Les clauses limitatives de responsabilité

D'après une jurisprudence constante, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont écartées en cas de faute lourde ou dolosive⁸.

Il a également été ajouté depuis 1996⁹ la notion d'obligation essentielle pour réputer cette clause non écrite.

Ainsi, il existe dorénavant deux fondements pour écarter une clause limitative de responsabilité :

- un manquement à une obligation essentielle ;
- ou l'existence d'une faute lourde, voire dolosive qui est appréciée en fonction de la gravité du comportement du débiteur.

Le caractère type de ce genre de clause est alors discutable si elle n'est pas insérée en cohérence avec l'économie du contrat.

2° Les clauses de définition et de résiliation

La clause-type ayant vocation à fixer de manière certaine des obligations et éviter ainsi toute interprétation du juge quant à l'intention des parties peut se révéler vaine en matière informatique.

En effet, sous le thème générique des contrats informatiques se cachent des situations multiples pour lesquelles la normalisation est peu adaptée.

Il est possible de citer en ce sens le terme générique de logiciel qui recouvre différentes notions génératrices d'obligations distinctes qu'il s'agisse soit de logiciel propre, *open source* ou spécifique, soit de progiciel de paramétrage ou de progiciel de développement spécifique.

Définir une anomalie par clause-type apparaît également vain tant cette définition peut apparaître inopportune en fonction des circonstances à la fois techniques et juridiques.

S'agissant de la résiliation et de ses conséquences, la clause y afférant dépendra également du type de contrat dans lequel elle s'insère et sera donc nécessairement différente qu'il s'agisse d'un contrat de licence, d'infogérance, de fourniture d'accès ou de services.

En conséquence, il serait préférable de parler non plus de clause-type, mais de conditions générales types, ce qui tendrait cependant à la mise en place d'un contrat d'adhésion informatique qui n'en serait pas moins critiquable.

Alors si les clauses-types sont un aveu de la faiblesse des contractants, elles sont en plus, de par leur inadéquation à une situation, un singulier aveu de la faiblesse du contrat.

2. La clause-type, aveu de la faiblesse du contrat

La rédaction d'une clause d'un contrat informatique sera toujours guidée par deux principes :

- une méthodologie d'analyse de l'objet du contrat informatique qui permet d'identifier les principes des droits et obligations voulus et donc, une typologie de clause à mettre en œuvre.

- le respect du principe de bonne foi des relations et donc des conventions¹⁰ encadrant cette rédaction car le contrat informatique se doit d'être écrit dans l'équilibre des relations des partenaires.

A. - Un manque d'imagination et de méthodologie

Un contrat informatique obéit à une méthodologie et fait appel en permanence à la compréhension technique, étant donnée son imbrication avec celle-ci.

Ses clauses ne peuvent être figées, c'est à dire préétablies, tant elles seraient dissociées de son but, à savoir la réalisation d'un projet ou l'octroi équitable d'obligations.

Les clauses spécifiques, au contraire, marquent l'autonomie de la pensée contractuelle et constituent donc la solution pensée pour une singularité de situation.

En effet, il est indispensable de comprendre les besoins et les traduire en termes juridiques, d'analyser la solution et la traduire en termes d'engagement, d'anticiper les différends et les traduire en obligations.

B. - Un manque de cohérence

La mise en place de clauses-types dans un contrat informatique atteint vite ses limites.

Comment envisager qu'un assemblage puisse traduire une pensée cohérente et surtout la définition d'obligations équilibrées ?

Une clause-type « mal pluguée » peut s'avérer dangereuse pour l'homogénéité d'un contrat lisible et compréhensible à la simple lecture de ses articles, lesquels se doivent d'être complémentaires et surtout marquer « le sens du contrat ». Assembler n'est pas rédiger !

Et que dire de l'erreur d'ajouter des clauses-types dites personnalisées à des clauses-types préexistantes dont on méconnaît le sens et en détruit la portée.

En effet, la clause-type ne s'accorde qu'avec une prestation simple et standard et s'avère rapidement en totale inadéqua-

6. Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007, AOL c/ UFC Que choisir.

7. TGI Nanterre, 9 févr. 2006, UFC Que choisir c/ France Telecom : *JurisData* n° 2006-304649.

8. Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1993.

9. Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost* : *JurisData* n° 1996-003942 ; *JCP G* 1996, IV, 313.

10. C. civ., art. 1134.

tion lorsque la prestation devient plus complexe ou fait l'objet de négociation.

Ainsi, toute modification ou personnalisation peut remettre en cause la cohérence de l'ensemble.

Conclusion

Alors j'oserais dire que la clause-type est l'antinomie de la réflexion et de l'imagination ! Elle n'est pas adaptée aux contrats informatiques qui doivent être pensés pour régler une situation singulière.

Laissons alors au rédacteur de contrat informatique, de par le droit dans lequel il évolue, par essence même celui de la création et de l'innovation, cette douce et agréable sensation d'être encore un auteur ! Et en ce sens de pouvoir être utile ! Encore un peu !

JurisClasseur Formations

Les Séminaires JurisClasseur

Octobre - Décembre 2008
AGENDA ANGLAIS JURIDIQUE

- Anglais - Négociation de contractuelle
les 27-28-29 octobre 2008
- Anglais - Techniques de rédaction des contrats
les 24-25-26 novembre 2008
- Anglais pour assistantes juridiques
les 8-9-10 décembre 2008

Formations animées par Stéphanie Cooper-Slockyj, ancienne avocate, Cabinet Akay & Associates, San Francisco, Californie, U.S.A., Maître de conférence (anglais) à l'université de Paris II - Panthéon Assas

OFFRE SPÉCIALE
Une nuit d'hôtel OFFERTE
+
20% de réduction SNCF

Les Séminaires JurisClasseur vous connaissez ?

- ▶ Formation personnalisée
- ▶ Groupes limités à 8 participants
- ▶ Validez 21 heures de formation

Informations pratiques
Horaires : 9h30-17h30
Lieu : JurisClasseur
141, rue de Javel - 75015 Paris

COMMENT S'INSCRIRE ?
COURRIER LexisNexis SA
Service Formations et Conférences
141, rue de Javel
75747 Paris cedex 15
FAX 01 45 58 94 35
E-MAIL formations@lexisnexis.fr

RENSEIGNEMENTS
SITE <http://formations.lexisnexis.fr>
0 821 200 700
0.112 € puis 0.09 €/min + 20% d'un forfait fixe

7H VALIDÉES

FORMATION CONTINUE DES AVOCATS n° d'homologation 07-046

DIF

Téléchargez le programme et le bulletin d'inscription sur <http://formations.lexisnexis.fr>

LexisNexis®