

Client Alert

Latham & Watkins Paris

Technologies de l'Information et de la Communication

Contrats informatiques et crise économique: précautions et opportunités

"Le lien de dépendance étant souvent très fort entre prestataires et clients de services liés aux NTIC, l'objectif est ici de leur fournir un cadre de réflexion permettant d'identifier, d'évaluer et éventuellement de renforcer la «solidité» de leurs contrats et envisager leur (re)négociation à la lumière du contexte économique actuel"

Petits et grands prestataires de services ou fournisseurs de biens technologiques sont susceptibles d'être affectés par la crise économique actuelle et de fragiliser par voie de conséquence leurs clients et autres partenaires. Dans le secteur des services liés aux NTIC, le lien de dépendance est souvent très fort entre prestataires et clients, ces derniers confiant souvent des fonctions indispensables à leur gestion quotidienne (ressources humaines, hébergement des données, gestion du système d'information, etc.). Toute difficulté rencontrée par ce type de prestataires impactera donc forcément la qualité voire la pérennité des fournitures de biens et services aux entreprises clientes et autres partenaires.

Il convient, dès lors, de s'interroger sur les moyens permettant de cadrer, sinon connaître, encore plus que par le passé, son cocontractant et ce, que ce soit au plan financier, technique et/ou sécuritaire. Si tous les risques et leurs conséquences ne peuvent pas, concrètement, être envisagés, minimisés ou écartés, les contrats doivent cependant permettre de poser de solides bases permettant d'anticiper ou, à tout le moins, de gérer au mieux les causes et conséquences des incidents susceptibles de se produire en ces domaines.

De notre point de vue, la situation actuelle peut et doit, plus généralement, être perçue comme une opportunité de (re)prendre en main les contrats informatiques et des NTIC, tant existants qu'à venir.

L'objectif du présent article est de fournir aux entreprises, tant clientes que prestataires de biens et services liés aux NTIC, un cadre de réflexion permettant d'identifier, d'évaluer et éventuellement de renforcer la «solidité» ou la «compétitivité» de leurs contrats et/ou d'envisager leur (re)négociation à la lumière du contexte économique actuel.

Dans cette optique, nous soulignerons tout d'abord l'importance des audits et contrôles non seulement préalablement à la conclusion de ces contrats informatiques, mais également au cours de l'exécution de ceux-ci. Ce premier constat permettra de tracer les lignes directrices d'une analyse nécessaire et approfondie de ces contrats afin de mieux les sécuriser et de réexaminer en conséquence leur économie générale.

L'importance des audits et des contrôles dans la conclusion et l'exécution des contrats informatiques

Le terme « audit » vise les concepts de contrôle, de vérification, d'étude et d'analyse. Les objectifs des recherches menées dans le cadre d'un audit, qu'il soit en période précontractuelle ou en période d'exécution d'un contrat, est d'aboutir à une appréciation globale des risques, mais également des points forts, d'une situation, d'un cocontractant.

Si l'importance de cette étape est particulièrement renforcée en période de négociation contractuelle répondant ainsi à un besoin accru de connaître son éventuel partenaire économique, on notera cependant que ce type de contrôles est devenu indispensable, en cours d'existence des contrats.

L'importance accrue des audits dans la négociation des contrats («Due Diligence»)

Les projets informatiques connaissent des niveaux de risques importants car ils se situent au cœur même de la vie des sociétés. Les instances dirigeantes doivent donc être particulièrement vigilantes, en particulier quand il s'agira de contrats ancrés dans la durée. Si ces risques sont certains, l'audit préalable, souvent appelé *Due Diligence* dans la pratique anglo-saxonne, ne peut cependant établir quand ceux-ci se révéleront et l'impact qu'ils pourront avoir. La *Due Diligence* doit néanmoins permettre, avant même de s'engager dans la mise en œuvre d'un projet informatique, de faire un point global, d'une part, sur les exigences et besoins dudit projet et, d'autre part, sur la capacité d'un cocontractant à répondre à ceux-ci de manière pérenne tant au plan économique que technique. Bien que les résultats devront être appréciés avec recul et prudence, la réalisation d'un audit de solvabilité peut également être envisagée à ce stade afin de connaître l'état de santé financière du cocontractant envisagé.

Avant de s'interroger sur la solidité d'un cocontractant, il convient de poser précisément les bases du projet envisagé. En cas d'appel d'offres, toute société doit prendre le temps de déterminer précisément les éléments essentiels du projet envisagé, ses objectifs, mais également ses limites. Cette période préalable ne doit pas être négligée car elle est l'occasion de rédiger, sans la pression d'un tiers, le cadre technique et juridique du projet.

Aux différents documents techniques et opérationnels dont la rédaction doit faire l'objet d'une réelle et profonde attention, la rédaction d'un « cahier des charges juridique » – à défaut de joindre le modèle même du contrat envisagé – reprenant les principaux termes et conditions du contrat à intervenir permettra tout d'abord un gain de temps et d'argent, limitant ainsi la période et les coûts de négociation. Du point de vue du client, il sera question de préciser les garanties minimales exigées, les niveaux de services requis, la nature des obligations attendues du prestataire (obligations de moyens ou de résultat), les politiques sécuritaires exigées, etc. Ce cadre juridique doit par ailleurs servir à focaliser l'attention des parties sur la négociation des clauses sensibles, sans que celles-ci se noient au milieu de contrats souvent longs et techniques.

On citera ici, à titre d'exemple, la négociation des conditions entourant le respect et/ou la sanction du non-respect des niveaux de services ou des délais de réalisation ou de gestion des incidents. Ces différents points font souvent l'objet de renvois à des annexes qui, en pratique, sont parfois négligées dans leur rédaction, les parties privilégiant la négociation et la signature du corps du contrat lui-même. Dans le cadre d'un projet informatique, technique et cadre juridique sont fortement liés et doivent être appréhendés avec la même attention.

On citera, également, les clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle rédigées de façon incomplète car sous-estimées dans leur négociation. La clause permet-elle une réelle protection de ces droits de propriété intellectuelle ? Permet-elle d'avoir accès et/ou de récupérer facilement les données clés de l'entreprise ? Il s'agit de questions essentielles car nul n'est à l'abri d'une défaillance de son cocontractant et ces clauses prendront dès lors toute leur importance.

Il conviendra encore d'identifier les cas d'autorisation ou d'exclusion de sous-traitance – ou de co-traitance – éventuelle de certaines parties du projet. Il pourra, également, s'agir d'apprécier les conditions d'assurance et d'envisager des couvertures additionnelles adaptées au projet. Il faudra, par ailleurs, évaluer la capacité et la stabilité des équipes ou, des intervenants-clés affectés au projet. Dans ce cadre, et selon la nature du projet, il conviendra de s'interroger sur l'application éventuelle des réglementations prévoyant le transfert automatique de personnels d'une entreprise à l'autre – et ce, tant au début que, le cas échéant, à la fin du projet.

L'utilité réelle des contrôles en cours d'exécution des contrats informatiques

Il est de pratique courante de prévoir dans les contrats informatiques des clauses d'**audit financier et/ou technique en cours d'exécution**, s'appuyant essentiellement sur les obligations de collaboration et de bonne foi auxquelles sont tenues les parties.

Leur rédaction doit permettre des conditions de mise en œuvre effective. Ainsi, sera-t-il possible de prévoir un audit annuel automatique ou ponctuel sur simple demande du client et/ou du prestataire, ce qui est plus rare en pratique.

Ainsi, à la possibilité de mettre en œuvre cet audit s'ajoute la question de la prise en charge de son coût. Cette

prise en charge peut être fonction du résultat de l'audit, le contrat stipulant alors qu'en cas d'identification de difficultés financières ou de manquements contractuels (quant aux niveaux de services, aux délais, à la sécurité des prestations et/ou des données), le coût sera mis à la charge du cocontractant défaillant. En cas d'audit périodique, le coût pourra faire l'objet d'un partage équitable et éventuellement dépendre des résultats obtenus. La liberté contractuelle permet de faire de la clause d'audit un outil de contrôle de tous les instants sans pour autant devenir une arme au détriment d'une des parties.

Reste la question de l'exécution de l'audit en lui-même. Deux options s'offrent ici aux parties : effectuer l'audit elles-mêmes en prévoyant la nomination de personnes compétentes désignées par les parties ou nommer un tiers auditeur. Si cette deuxième option présente l'avantage d'une plus grande objectivité/neutralité dans l'analyse, le coût qui en résultera peut constituer un argument en faveur d'un audit directement opéré par les parties. Ce choix peut cependant rester ouvert en cours d'exécution du contrat et permettre en cas de désaccord entre les parties, et/ou de nécessité dans certaines situations, d'avoir recours à un tiers dont les résultats auront plus de valeur aux yeux des parties et, le cas échéant, d'un juge.

L'audit ne doit pas être un outil d'intrusion dans la vie de son cocontractant. Dès lors, les conditions d'accès aux installations ou aux informations à auditer devront être précisément décrites. Il s'agira, par exemple, de prévoir un allègement ou un renforcement, selon les cas, des clauses de confidentialité au regard des personnes chargées des inspections. Cette question devra faire l'objet d'une attention particulière de la part des parties dans l'hypothèse où celles-ci auraient recours à un tiers auditeur.

Aux conditions d'accès (horaires, lieux, sécurité, etc.) et de confidentialité, devront s'ajouter des dispositions relatives à la valeur des résultats de ces contrôles. Il s'agit en effet de déterminer si les résultats ainsi obtenus feront l'objet d'un débat contradictoire, s'ils sont opposables en cas de procédure judiciaire, s'ils peuvent avoir un impact sur les conditions financières du contrat, etc. Les parties devront par ailleurs prévoir la procédure consécutive à un audit révélant des manquements ou difficultés particulières. Cette procédure pourra, et selon les cas devra, être limitée dans le temps et avoir un objectif précis, objectif dont la non-atteinte pourra donner droit à des modifications de conditions financières, à une indemnisation, voir même à l'ouverture du droit à résiliation selon la gravité de la situation.

Les audits constituent donc un outil indispensable à la transparence d'un projet informatique. En complément de ce droit de contrôle ponctuel et astreignant, les parties peuvent par ailleurs également prévoir un **renforcement de la communication**. Il s'agira de prévoir des obligations réciproques d'information renforcées. Cette information pourra se faire par la transmission régulière et obligatoire de rapports, de documents techniques et/ou financiers, de statistiques, etc. permettant au client d'identifier, au plus tôt, tout risque ou instabilité potentiel.

Le renforcement de la sécurité opérationnelle et financière

Le contexte économique actuel permet de mettre en lumière un certain nombre de risques dont l'existence même ou, à tout le moins, leurs conséquences pourront être limitées par un renforcement de la sécurité opérationnelle et financière des contrats.

Le renforcement de la sécurité opérationnelle

Renforcer la sécurité opérationnelle consiste à s'interroger notamment sur la question de la sécurisation des données, des programmes et des prestations.

La sécurisation des données

Certains contrats informatiques impliquent un transfert de la gestion d'un certain nombre de données de l'entreprise cliente, et à tout le moins, leur hébergement.

Le cocontractant en charge du traitement, de la gestion et/ou de l'hébergement des données financières, commerciales et/ou administratives se trouve ainsi en possession d'informations à la fois sensibles et indispensables à l'entreprise cliente. Il convient donc de s'assurer que cette possession ne représente pas une menace en cas de défaillance du prestataire ou de mésentente entre les parties. A titre d'illustration des risques concernés, on citera l'affaire de l'agence *Minencode* aux Etats-Unis qui a détruit une partie du site Web, le serveur email et la base de données d'un de ses clients avec qui elle était en contentieux.

Le premier aspect clé réside dans les **mesures de sécurité physiques et logiques et les restrictions d'usage** mises en place par le prestataire. Il conviendra d'imposer au prestataire qu'il limite les droits d'accès, de suppression et/ou de modification de ses employés, et éventuels sous-traitants, aux données ainsi confiées. Ce type de dispositions peut également permettre de se prémunir contre la perte ou l'utilisation de données à caractère personnel, données au titre desquelles le client pourra être sujet à des obligations légales.

A titre d'exemple, la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés impose des règles d'accès, de suppression et de sécurisation pour

tout traitement de données à caractère personnel – fut-il opéré à l'étranger – dès lors que le droit français trouve à s'appliquer. A cet égard, la loi applicable aux traitements pourra ainsi avoir des conséquences directes sur les modalités de récupération des données et/ou des serveurs.

Certains moyens peuvent limiter non seulement la perte totale de ces données ou leur inaccessibilité temporaire pour des raisons légales. Il s'agira de prévoir des **mécanismes de sauvegarde**, communément appelés *back-ups*, soit sur des serveurs dédiés du prestataire situé sur le territoire du client, permettant ainsi de connaître le cadre légal applicable, soit sur des serveurs de tiers séquestres spécialisés, soit encore sur des serveurs appartenant au client directement. Ces *back-ups* devraient être complets et réguliers ainsi que sécurisés dans leur mise en place (transports chiffrés ou via un VPN sécurisé).

La sécurisation des programmes

Les projets informatiques s'accompagnent souvent de contrats de licence de logiciels en fonction des besoins du client. Mais comment un client pourra-t-il continuer à utiliser un logiciel, ou à pérenniser sa maintenance, dans l'hypothèse où l'éditeur ferait face à de lourdes difficultés financières, ou viendrait à disparaître du marché ?

Cette question n'est pas nouvelle et les contrats de licence contiennent en général des clauses dites de **séquestre du code source** auprès d'un tiers (par exemple, l'Agence de Protection des Programmes) ou *ad hoc* offrant ainsi plus de flexibilité dans les modalités d'accès et d'usage du code source.

La pratique a permis de constater que ces clauses sont souvent négligées et dès lors d'une efficacité limitée. Le simple choix d'un séquestre ne peut suffire à se prémunir contre des situations aussi variées qu'imprévisibles. Les conditions d'accès et/ou de révélation de ces codes devront être précisées en envisageant tout aussi bien le cas d'une procédure

collective du prestataire, que celui de simples difficultés économiques provisoires mettant en péril l'utilisation ou la maintenance du logiciel.

Les parties pourront négocier les termes de ce séquestre soit par référence aux termes et conditions applicables par le séquestre choisi d'un commun accord, soit en déterminant elles-mêmes lesdites conditions (conditions d'accès, de consultation voire d'appropriation des codes sources).

S'agissant des développements spécifiques (y compris leur matériel de conception préparatoire), il semble préférable pour le client de convenir d'une **acquisition des droits** de propriété intellectuelle corrélatifs (et de leur support matériel) au fur et à mesure de leur réalisation – étant précisé que l'auteur ou l'éditeur cherchera souvent à différer l'effet de la cession au complet paiement de ses travaux.

Il sera par ailleurs utile de prévoir, dans le cadre de ces développements spécifiques ou de tout autre contrat de développement ou de maintenance corrective de logiciels, des clauses encadrant, ou plus exactement, limitant les possibilités d'utiliser tout ou parties de logiciels libres (par exemple, des logiciels sous licence GPL ou GNU). Il conviendra d'interdire ou, selon les cas, de soumettre à **autorisation expresse l'utilisation d'éléments de logiciels** libres afin d'éviter toute contamination par la « réglementation contractuelle » applicable à ce type de logiciels.

La sécurisation des prestations

(a) En cours de contrat : comme pour la sécurisation des données, le *pays/ lieu de réalisation* des prestations, leur *encadrement* et leur *sécurisation* sont parmi les éléments les plus importants renforçant la viabilité et la stabilité d'un projet informatique. Dans cette recherche de sécurisation, on s'inspirera bien volontiers des expériences et solutions d'autres secteurs d'activité.

On pourra par exemple valablement s'inspirer des dispositions du Règlement

n°97-02 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, notamment quant à son **système de contrôle des opérations et des procédures internes**.

La sécurisation des prestations pourra dès lors être assurée au moyen d'une obligation de formation continue des employés du prestataire, d'une garantie par ce prestataire du respect par ses employés et sous-traitants éventuels des impératifs et besoins du contrat. On notera également l'intérêt d'une obligation de vigilance et d'information à la charge de ces personnes quant aux évolutions légales qui pourraient s'appliquer aux prestations externalisées et qui représenteraient un risque pour l'exécution du contrat.

De la même manière, pourra-t-on s'inspirer du système appelé « *plan de continuité de l'activité* » de ce Règlement n°97-02, **plan de continuité** consistant en l'élaboration d'un ensemble de mesures visant à assurer, selon divers scénarios de crises, y compris face à des chocs extrêmes, le maintien, le cas échéant de façon temporaire selon un mode dégradé, des prestations de services ou de fourniture de biens essentiels à l'entreprise client et/ou à la bonne exécution du contrat, puis la reprise planifiée des activités par le prestataire ou un tiers le cas échéant (« *disaster recovery plan* »).

On pourra, dans ce même ordre d'idée, insérer une clause dite de « *step-in* » permettant au client, en cas de défaillance grave du prestataire et d'incapacité de ce dernier à y remédier, de faire intervenir un autre prestataire ou, dans la mesure du possible, de « reprendre » les prestations considérées pour les assurer lui-même.

Bien entendu, d'autres mesures, telles que celles visant à la **stabilité (ou au remplacement rapide) des hommes-clés**, au **suiti du projet via une gouvernance commune** (au sein de comités de direction, de pilotage, fonctionnels, techniques, etc.) et au « **transfert** » de **compétences** du prestataire au client tout au long du contrat, si celui-ci s'y prête, doivent être convenues.

(b) **Au terme du contrat** : les parties se doivent dès le début de leur relation de prévoir leur séparation. Les parties pourront ainsi négocier une disposition par laquelle le client pourra, à la cessation des relations contractuelles, reprendre l'exécution des prestations ou les confier à un tiers. On parle en général de **clause de réversibilité** dont l'enjeu réside tant sur l'objet du transfert que sur ses modalités.

La réversibilité doit tenir compte à la fois de l'évolution du contrat et de ses acquis, tout en garantissant l'effectivité et le transfert des droits que le client pourrait faire valoir s'agissant des services/biens fournis ou restant à fournir. Il est donc dans l'intérêt des parties de déterminer la substance de cette clause, son effet et sa portée de façon la plus précise possible.

Bien que cette clause prenne toute son ampleur en fin de relation contractuelle, elle est étroitement liée à la vie du contrat et à son évolution. Le plan de réversibilité ainsi négocié constituera le guide décrivant les différentes étapes et les moyens utiles au déroulement de cette procédure.

La mise en œuvre de la réversibilité suppose la préparation, l'information et la formation du client à cet effet, formation qui devra être régulière et impliquer le personnel du client à l'exécution des prestations pendant le contrat. La réversibilité nécessitera par ailleurs la remise de documents, de rapports, d'études, d'analyses, de statistiques relatifs aux services fournis (remise assortie d'une obligation d'actualisation régulière). Pour sa part, le prestataire aura intérêt à prévoir des limites à cette obligation de transfert de compétence et d'informations afin de s'assurer qu'il ne transmet que ce qui est nécessaire au client, et ce à travers diverses restrictions contractuelles (clause de confidentialité renforcée et durable, clause limitant la fréquence et le contenu de ces communications d'informations, etc.).

Dans l'optique de cette réversibilité, le client tendra à s'assurer que les transformations apportées ou les moyens utilisés par le prestataire et/ou ses sous-traitants ne constitueront pas un obstacle à la reprise des services par lui ou par un tiers qu'il désignerait. Le client pourra ainsi imposer, autant que faire se peut, l'utilisation de logiciels et d'équipements permettant d'une part, une implémentation facile au sein de son système d'information et, d'autre part, un « transfert » à son bénéfice ou à celui de son futur prestataire.

Les parties doivent par ailleurs définir précisément les conditions de déclenchement, d'exécution (respect et/ou adaptation des niveaux de services) et de durée de la période transitoire de réversibilité pour que celle-ci commence suffisamment tôt de sorte qu'à l'arrêt définitif du contrat la réversibilité ait été accomplie dans des conditions compatibles avec les réalités opérationnelles du projet. Il sera également judicieux pour le client de se ménager, d'une part, la possibilité de prolonger cette période provisoire soit sur simple demande soit par le biais de la signature d'un contrat séparé dédié et, d'autre part, celle de racheter un certain nombre de biens matériels et/ou immatériels utilisés précédemment par le prestataire. La question du transfert des droits de propriété intellectuelle pourra également être ici abordée.

Enfin, l'aspect financier du plan de réversibilité devra également faire l'objet d'une attention particulière. Certains contrats prévoient ainsi qu'en cas de résiliation pour force majeure ou pour faute du prestataire, la prise en charge financière de la réversibilité sera impactée (par exemple, le client ne supportera qu'une partie d'un tel coût en cas de résiliation pour manquement du prestataire).

Le renforcement de la sécurité financière

La sécurité financière d'un projet concerne aussi bien le client que le prestataire. Le client voudra pour sa part être rassuré sur la solidité de son prestataire afin d'éviter d'apprendre au détour d'un communiqué de presse que ce dernier fait l'objet d'une procédure collective.

Dans le cadre d'un projet impliquant plusieurs prestataires et/ou sous-traitants, un **mécanisme de solidarité et/ou de garantie** entre les principaux intervenants pourra ainsi être envisagé. Par exemple, en cas de recours à un consortium dans le cadre d'un appel d'offres d'un projet « complexe » (impliquant un prestataire intégrateur, un éditeur de logiciel, un hébergeur et un opérateur de communications électroniques), il faudra préférer aux groupements prévoyant une responsabilité conjointe ceux où le groupement désigne à tout le moins un mandataire solidaire.

Le client pourra par ailleurs solliciter du prestataire et/ou des sous-traitants éventuels des **couvertures d'assurances complémentaires** permettant, en cas de défaillance, d'obtenir une indemnisation suffisante permettant d'investir dans une solution de substitution.

Des couvertures financières, telles que **cautions solidaires, garanties à première demande, retenues de garantie**, sont envisageables dans certains types de projets d'envergure et/ou internationaux, mais il est vrai qu'elles n'ont évidemment pas la faveur des prestataires.

Pourra être également envisagée une **clause de nantissement sur le logiciel** objet du projet. Cette clause pourra être stipulée au bénéfice du prestataire, notamment dans le cas où il cède ses développements spécifiques au fur et à mesure de l'exécution du projet. Le prestataire se verra ainsi attribuer un droit de préférence sur les droits d'exploitation du logiciel nanti. Dans

l'hypothèse de défaillance du client, le prestataire disposera du droit de faire procéder à la vente publique et de se faire payer par priorité sur le produit de la cession du droit d'exploitation. Il disposera également, en cas de liquidation judiciaire du client, du droit de se faire attribuer le droit d'exploitation. Mais cette clause peut également être stipulée au bénéfice du client qui aura dès lors un droit de préférence sur les droits d'exploitation du logiciel nanti. Il faudra cependant être vigilant à l'inscription de ce nantissement sur le registre spécial des logiciels tenu par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, sous peine d'inopposabilité. Notamment, en cas de liquidation judiciaire de celui qui aurait consenti le nantissement et sous réserve de certaines autres conditions, cette inscription sera indispensable au bénéficiaire du nantissement pour pouvoir se faire payer par priorité sur le prix de cession du droit d'exploitation.

Cet aspect sécuritaire concerne également le prestataire qui voudra être, quant à lui, rassuré sur la capacité de paiement de son client. A ce titre, des **cautions, avals, garanties** de la société-mère du groupe de sociétés entrant dans le périmètre du projet, ou d'un tiers tel qu'un établissement financier, voire des **sûretés** prises sur des éléments du patrimoine du client ne sont pas à exclure des exigences des prestataires en cette période d'incertitude économique.

Le réexamen de l'économie des contrats

Le réexamen de l'économie des contrats doit permettre d'identifier les moyens d'adaptation des conditions financières d'un projet informatique à la réalité économique environnante et d'organiser l'existence ou les conditions de sortie de cette relation contractuelle.

Les moyens d'adaptation des conditions financières à la réalité économique

Détermination du débiteur, du prix et de la monnaie ; gestion des factures et paiements

(a) Le débiteur : dans le cas où la société en charge des systèmes d'information et, le cas échéant, des télécommunications du groupe est l'entité signataire du contrat cadre du côté du client, celle-ci devra par ailleurs être tout particulièrement attentive au fait que cette structure contractuelle ne la désigne pas – sauf à ce qu'elle le souhaite – comme (co-)responsable unique en cas de manquement d'une société bénéficiaire à ses obligations de paiement.

Ainsi, un **mécanisme de délégation ou de mandat** devrait permettre à ladite société de signer des bons de commande, revoir et, le cas échéant, accepter des factures puis payer au nom et/ou pour le compte de chaque société bénéficiaire intéressée, tout en laissant à la charge de celles-ci la responsabilité financière exclusive quant au respect des termes et conditions du contrat. Prestataire(s) et sociétés bénéficiaires *concernées* seront ainsi directement et seuls liés contractuellement les un(e)s envers les autres.

(b) Le prix : les contrats informatiques sont en général ancrés dans la durée, ce qui implique l'insertion de **clauses d'indexation du prix**. L'objectif de ces clauses réside dans l'adaptation de l'économie globale des contrats aux évolutions de l'économie afin d'éviter des déséquilibres entre les parties. Or, face à la situation économique actuelle, l'efficacité de ces clauses peut être remise en question. Afin de limiter les risques inhérents à de telles clauses, les parties pourront définir, à l'instar des pratiques bancaires d'octroi de crédits à taux variable, un mécanisme de plafonnement et/ou de taux plancher pour l'index de référence.

On notera d'ailleurs que les clients devront être attentifs aux conditions proposées par le cocontractant envisagé au regard de celles appliquées par celui-ci à ses autres clients (notamment dans le cadre de **clauses dites du « client le plus favorisé »**), étant noté ici que depuis la Loi n°2008-776 de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 :

« sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité [...] d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant » (article L. 442-6 II d) du Code de commerce).

(c) **La facturation** : dans l'hypothèse d'une structure sous forme de contrat cadre et de contrats d'application, il s'agira, pour les instances dirigeantes du groupe, de vérifier l'opportunité d'une **facturation centralisée ou non** au niveau de la société en charge des systèmes d'information du groupe, notamment au plan fiscal eu égard par exemple aux taux de TVA applicables et/ou des conventions internationales applicables.

Il convient de noter qu'une telle facturation n'est pas sans conséquence au niveau du montant et du partage des éventuelles remises ou ristournes de volume consenties, « prime de bienvenue » accordée, etc.

(d) **La monnaie de compte ou de paiement** : une approche mènera à réfléchir à l'intérêt éventuel d'un règlement des prestations dans une seule **monnaie** ou dans plusieurs monnaies, étant précisé qu'il pourra dès lors être envisagé des taux de change prédéterminés.

Ces solutions ne sont cependant pas sans inconvénients au niveau structurel. En effet, les possibilités internes de répercussions des dépenses sur les entités bénéficiaires concernées devront être discutées et étudiées sur le plan fiscal.

Compétitivité et rentabilité des contrats

(a) Du côté du client, la **clause de benchmark** ou de compétitivité permet tout particulièrement au contrat de rester compétitif au cours de longues périodes d'exécution en organisant un mécanisme de comparaison et d'ajustement des prix et/ou des niveaux de services pratiqués par le prestataire avec d'autres clients ou par d'autres prestataires dans des conditions équivalentes. Ce mécanisme garantit, essentiellement au bénéfice du client, une flexibilité et une capacité d'évolution du contrat non négligeable.

Certaines questions doivent être abordées afin de garantir l'efficacité de cette clause à l'égard des parties, même si, en pratique, le client est le bénéficiaire principal. Les deux premiers points à aborder, hors la question du droit de mettre en œuvre le benchmark, concernent le périmètre de ce qui va être comparé et la méthode de comparaison. Il est ici nécessaire de faire appel à des critères les plus objectifs et raisonnables possibles en matière de « comparables ». Le dernier point à aborder concerne la question de savoir que faire des résultats de cette comparaison. La première possibilité, fort efficace mais difficile à obtenir, est de prévoir un ajustement automatique par rapport au benchmark, du moins pour une partie. La deuxième possibilité consiste quant à elle à prévoir une réunion des parties une fois le rapport rendu afin que celles-ci discutent d'un ajustement acceptable.

(b) Du côté du prestataire, sous réserve de restrictions éventuelles liées au droit de la concurrence, la **clause de revenu minimum garanti** ou **d'exclusivité d'approvisionnement** lui permet d'accorder à son client des avantages tarifaires en contrepartie d'un tel engagement. Or, la crise actuelle met en lumière les réticences ou même incapacités des clients à remplir de tels engagements.

Afin d'éviter que ces clauses ne bloquent des négociations ou n'affaiblissent les clients, les effets des dispositions contractuelles peuvent être limités en prévoyant, par-exemple,

des exceptions ou leur inapplicabilité temporaire en cas de survenance d'un évènement modifiant l'économie générale du contrat.

Assouplir les conditions d'existence et de sortie du contrat

La gestion de l'évolution du périmètre du contrat

En cas d'évolution majeure et inattendue du périmètre couvert par le projet informatique, susceptible d'impacter fortement les conditions financières et/ou techniques d'exécution des prestations (par exemple, en cas de cession d'une branche d'activité du prestataire impactant le projet ou après une acquisition de nouvelles entités du côté du client) – il conviendra certainement que les parties tentent de **renégocier** l'économie du contrat.

En effet, à défaut d'une telle renégociation, l'alternative laissée à la partie concernée est soit de poursuivre un projet qui ne lui est plus adapté – ce qui ne peut donc conduire qu'à l'échec, soit de « sortir » de ce projet – si le contrat prévoit un tel cas, par exemple au titre d'une **résiliation pour convenance** (cf. ci-dessous) – alors que cette renégociation pourrait être source d'opportunités pour l'une et/ou l'autre partie (augmenter la durée du contrat, ajouter des territoires, « déborder » sur de nouvelles prestations, etc.).

En tout état de cause, il est effectivement important de prévoir une telle possibilité de sortie du contrat, actionnable notamment en cas de désaccord entre les parties sur la gestion ou le coût des évolutions, possibilité généralement stipulée en faveur du seul client.

L'anticipation et la gestion des conditions de sortie du contrat

(a) Comme indiqué ci-dessus, hors les cas « classiques » de résiliation du contrat pour manquement, pour changement de contrôle, etc.,

une possibilité de résiliation pour convenance pourra être discutée.

La résiliation pour convenance doit permettre à l'une ou l'autre des parties – à vrai dire, surtout au client – de sortir du projet « commun », *sans forcément justifier sa décision mais dans un cadre prédéfini contrairement*, afin de ne pas causer un préjudice au cocontractant. Il convient donc de prévoir très précisément à partir de quel moment un tel **droit de sortie inconditionnel** est ouvert, à qui celui-ci bénéficie, les modalités techniques et financières de cette résiliation – et notamment la mise en œuvre de la phase de réversibilité (cf. ci-dessus) – l'éventuelle indemnité conventionnelle de rupture anticipée, etc.

(b) Un autre possibilité de sortie, directement liée à l'actualité économique, peut consister en un **droit de sortie conditionnel** sans indemnisation mais dont le bénéfice ne serait ouvert qu'en cas de survenance d'un évènement important impactant fortement l'économie du contrat ou en cas de dépassement de seuils définis contractuellement par les parties (par exemple, taux de l'action en bourse, prix plancher de l'action, résultat d'un audit faisant apparaître un « doute sérieux » établi quant à la stabilité financière ou technique du cocontractant, etc.).

La liberté contractuelle est ici encore très large et les parties devront dès lors faire preuve d'une extrême vigilance dans la rédaction de cette disposition et dans les critères, évènements, seuils, etc. ouvrant droit à cette option de sortie du contrat.

A cet égard, bien que les clauses ouvrant droit à résiliation en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire soient nulles (articles L.622-13, L.631-14 et L.641-11-1 du Code de commerce), il pourra être envisagé, à l'instar des clauses de "step-in" (cf. ci-dessus) des clauses permettant au client, sous certaines conditions (défaillances graves du

prestataire et incapacité de ce dernier à y remédier, non respect d'un certain montant d'investissement par le prestataire en matière de R&D, etc.), de résilier le contrat après l'ouverture d'une procédure collective pour des raisons intimement liées aux difficultés rencontrées par le cocontractant, à condition que ces raisons soient autres que la seule ouverture d'une procédure collective ou l'état de cessation des paiements, mais quand bien même elles en découleraient.

En effet, si l'administrateur ou le liquidateur judiciaire peuvent exiger la poursuite des contrats en cours à l'ouverture de la procédure collective nonobstant les inexécutions contractuelles commises par la société en procédure collective antérieurement (qui ne pourront donner lieu, si ces inexécutions ont causé un préjudice, qu'à la déclaration de la créance correspondante à l'encontre de la société contre laquelle la procédure collective aura été ouverte, les perspectives de règlement de ce genre de créance étant généralement assez médiocres), c'est à la condition que les prestations qu'il prévoit soient exécutées conformément au contrat : les inexécutions contractuelles commises après une telle poursuite en permettront donc la résiliation.

L'administrateur, chargé d'une mission de gestion plus ou moins large de la société en cas d'ouverture de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, et le liquidateur judiciaire, chargé de la liquidation des actifs de la société en cas d'ouverture de

procédure de liquidation judiciaire, sont tous deux nommés par le tribunal de commerce. En pratique, quelle que soit la procédure, l'administrateur ou le liquidateur s'attacheront à exiger la poursuite des contrats qui, côté prestataire, génèrent des revenus appréciables ou, côté client, fournissent des services indispensables à la poursuite de l'activité qu'ils entendent sauvegarder.

Si vous avez des questions sur ce numéro de *Client Alert*, n'hésitez pas à contacter un des avocats mentionnés ci-après ou l'avocat que vous consultez généralement:

Laurent Szuskin

+33.1.40.62.23.28

laurent.szuskin@lw.com

Sophie Fourques de Ruyter

+33.1.40.62.23.69

sophie.fourquesderuyter@lw.com

en collaboration avec:

Jean-Luc Juhan

+33.1.40.62.23.72

jean-luc.juhan@lw.com

Hervé Diogo Amengual

+33.1.40.62.20.93

herve.diogoamengual@lw.com

Cette *Client Alert* est publiée par Latham & Watkins comme un service de diffusion d'informations aux clients et autres partenaires du cabinet. Les informations contenues dans cette publication ne doivent pas être interprétées comme des conseils juridiques. Si vous souhaitez une analyse ou explication approfondie du sujet, veuillez contacter les avocats dont le nom est mentionné ou l'avocat du cabinet que vous consultez généralement. La liste complète de nos Client Alert peut être obtenue sur notre site Internet à l'adresse suivante : www.lw.com.

Vous disposez des droits d'accès, d'opposition et de rectification prévus par la loi n° 78-17 modifiée. Pour souscrire à notre base de données, mettre à jour vos coordonnées ou modifier les informations que vous recevez de Latham & Watkins, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.lw.com/LathamMail.aspx.

Nos bureaux:

Abu Dhabi	Chicago	Los Angeles	Silicon Valley
Barcelone	Marcelo Halpern	David Blood	Anthony Klein
Bruxelles	+1.312.876.7700	Roxanne Christ	J.D. Marple
Chicago	Francfort	Richard Wirthlin	Glenn Nash
Doha	Thies Deike	+1.213.485.1234	+1.650.328.4600
Dubaï	Ulrich Wuermeling	New York	Washington, D.C.
Francfort	+49.69.6062.6000	Jeffrey Tochner	Kevin Boyle
Hambourg	Hambourg	+1.212.906.1200	Robert Hasty
Hong Kong	Ulrich Boerger	Orange County	Allen Klein
Londres	Gerd Jaekel	David Kuiper	Jeremy Wolsk
Los Angeles	+49.40.4140.30	+1.714.540.1235	+1.202.637.2200
Madrid	Londres	Paris	
Milan	Martin Cotterill	Jean-Luc Juhan	
Moscou	Luke Grubb	Myria Saarinen	
Munich	Alex Hamilton	Laurent Szuskin	
New Jersey	Andrew Moyle	+33.1.40.62.20.00	
New York	+44.20.7710.1000		
Orange County			
Paris			
Rome			
San Diego			
San Francisco			
Shanghai			
Silicon Valley			
Singapour			
Tokyo			
Washington, D.C.			
Virginie du Nord			