



EVERYTHING MATTERS

Matinale du 19 janvier 2012

Revue de jurisprudence IT 2011

*Fabienne Panneau, Avocat
Sandrine Rambaud, Avocat
DLA Piper*

- Introduction**
- Les enseignements de la jurisprudence IT 2011 au regard du droit des contrats**
- Les enseignements de la jurisprudence IT 2011 sur la conduite des contentieux**

- **Une tradition:** revue des décisions publiées au cours de l'année passée dans les litiges informatiques entre Client et Fournisseurs/Prestataires
- **Non-exhaustif**
- **Des notions classiques:** obligation de résultat, obligation de délivrance conforme, obligation de conseil, indivisibilité...
- **Un trublion :** l'affaire MAIF c/ IBM
- **Démarche :** essayer de tirer les enseignements pratiques dans le cadre de la rédaction des contrats / gestion de projet et dans le cadre de la gestion du contentieux



EVERYTHING MATTERS

Les enseignements de la jurisprudence IT 2011 au regard du droit des contrats

- **Les faits: un projet somme toute classique**
 - 28 mai 2004: contrat d'étude conclu entre la MAIF et IBM concernant la refonte de son CRM (gestion de la relation clientèle)
 - 14 décembre 2008: contrat d'intégration d'un progiciel de CRM conclu entre la MAIF et IBM
 - IBM s'engage à lui fournir une solution conforme « *au périmètre fonctionnel et technique convenu entre les parties* » en respectant un **calendrier impératif** ainsi qu'un **prix forfaitaire ferme et définitif** de 7.302.822 € HT.
 - Très rapidement, des retards sont signalés
 - Le 30 septembre 2005, le projet ayant pris 6 mois de retard, les parties signent un protocole qui reporte la livraison du pilote au début de l'année 2007, et prévoit une majoration de 3.500.000 euros. IBM s'engage à délivrer le projet « à marge nulle »
 - Par la suite, IBM réalise une analyse détaillée d'impact du projet, et constate **que le projet n'est pas techniquement réalisable dans les conditions initialement envisagées**: les parties conviennent donc de la nécessité de refondre le projet

Un nouveau fondement : les Vices du consentement ?

L'Affaire MAIF c/ IBM



- Le 19 décembre 2005, IBM propose une refonte dudit projet, et le scinde en deux vagues (V1 et V2)
- Un nouveau protocole est signé le 22 décembre 2005, IBM s'engageant « à mettre en œuvre tous les moyens pour assurer la réalisation de la V1 à la fin de l'année 2006, pour un montant égal à la somme de celui prévu au protocole d'accord du 30 septembre 2005 et du coût du projet tel que défini dans le contrat initial »
- IBM réclame toutefois par la suite 5 000 000 d'euros supplémentaires, portant le forfait à 18.000.000 d'euros
- La MAIF refuse la proposition, et met fin au contrat par lettre du 9 juin 2006, pour manquement à ses engagements de la part d'IBM
- IBM réclame alors à la MAIF règlement de ses factures
- La MAIF met IBM en demeure d'exécuter sous 30 jours les obligations contractuelles dans les conditions et au prix prévu dans le contrat du 14 décembre 2004, « à défaut de quoi elle considérera le contrat résilié de plein droit »

Un nouveau fondement : les Vices du consentement ?

L'Affaire MAIF c/ IBM



- **Décision rendue par le TGI de Niort – 14 décembre 2009**
- Le 12 septembre 2006, IBM assigne la MAIF en paiement de 7.549.573 € augmentés d'intérêts de retard
- Demandes reconventionnelles de la MAIF : restitution des sommes payées (plus de 2,6 millions) et dommages et intérêts (plus de 20 millions)
- Une expertise a été ordonnée à la demande de la MAIF.
- Le Tribunal retient le **Dol** :
 - Silence quant aux risques de non respect du forfait et des délais
 - En s'engageant sur un forfait avant la fin de la Conception Générale, ce qui est contraire aux règles de l'art
 - Compte tenu de sa qualité de professionnel de l'informatique
 - En maintenant l'illusion du caractère forfaitaire dans le cadre de l'exécution du Contrat
- Par conséquent, le Tribunal :
 - annule le contrat d'intégration (et les 2 protocoles) pour dol
 - Condamne IBM à verser à la MAIF : 9 529 974 € à titre de dommages et intérêts et 1 677 102 € à titre de restitution

Un nouveau fondement : les Vices du consentement ?

L'Affaire MAIF c/ IBM



- **Cette décision a "ému"**, compte tenu du fondement retenu et du montant de la condamnation (absence d'application des plafonds de responsabilité).
- **Analyse critique de la décision rendue par le TGI de Niort – 14 décembre 2009**
 - Qu'est-ce que le dol ?
 - Des manœuvres (le silence peut constituer une manœuvre)
 - Sans lesquelles l'autre partie n'aurait pas contracté
 - Caractère intentionnel
 - Doit excéder l'exagération publicitaire / tient compte de la qualité des parties
 - Les conditions du dol étaient-elles réunies ?
 - Conditions définies au contrat comme déterminante : le planning et le prix
 - Qualité de professionnel hautement qualifié d'IBM rappelée au contrat / Quid de la MAIF?
 - L'intention est-elle établie?
- **L'infirmité de cette décision était attendue, mais compte tenu de sa sévérité, on pouvait s'attendre au moins à ce que la Cour d'appel retienne quelques fautes à l'encontre d'IBM....**

Un nouveau fondement : les Vices du consentement ?

L'Affaire MAIF c/ IBM



- ... finalement, cette affaire a fait "pschitt".
- Le 25 novembre 2011, la Cour d'appel de Poitiers a rendu une décision **diamétralement opposée** à celle du TGI de Niort:
 - **Il n'y a pas de dol**: il n'est pas établi qu'IBM a dissimulé des informations.
 - **Aucun manquement à l'obligation de conseil d'IBM**
 - La MAIF n'est pas un profane
 - Risque de retard mentionné dans le contrat
 - La MAIF a imposé le forfait
 - Connaissance des risques du projet par la MAIF.
 - En acceptant de revoir les engagements initiaux à travers différents protocoles, la MAIF **a renoncé à se prévaloir des engagements initiaux.**
 - La MAIF a mis fin à un projet viable en raison d'un désaccord sur les nouvelles conditions applicables au projet. IBM n'ayant commis aucune faute, la MAIF doit supporter les conséquences de cette décision.
 - La MAIF est condamnée
 - à payer à BNP Factor 4.664.400 € (factures)
 - à payer à IBM 450.441,28 € en remboursement des honoraires des experts techniques

Un nouveau fondement : les Vices du consentement ?

L'Affaire MAIF c/ IBM : Enseignements pratiques



- Etre capable de démontrer le bien fondé des affirmations avancées et le sérieux de estimations faites (notamment planning, prix)
- Etre vigilant sur le contenu des propositions commerciales (souvent deviennent des documents contractuels)
- Intérêt d'être transparent sur les risques du projet dans le contrat
- Gestion pragmatique / Impact

- **Equilibre classique: Obligation de conseil à la charge du Prestataire vs Obligation de collaboration à la charge du Client**
- **Recherche systématique de la qualité de professionnel ou profane du client** ("*AA ne pouvait prétendre être totalement profane dès lors qu'elle utilisait auparavant la solution SIGIP dont le paramétrage a été repris... étant en outre observé que AA employait deux personnes chargées de l'informatique*" **Paris, 13 mai 2011 – I Pride France c/ Automobile Amiens**)
- **Le fait que les parties soient en relation depuis longtemps, alourdit l'obligation de conseil du prestataire, mais pas celle du client** (Versailles, 20 janvier 2011 - Eclairage Conseil c/ Prodware vs Poitiers, 17 juin 2011 - Duotech c/ Cigec)
- "*Le vendeur installateur d'un équipement informatique est tenu à l'égard de son client d'une obligation de conseil renforcée consistant à rechercher ses besoins réels, à lui proposer le matériel adapté et à lui fournir une information précise su complexité de mise en œuvre de l'installation*" (Rouen, 9 février 2011 – cas particulier Beta Test)
- **La plupart des décisions concernent des clients PME / TPE.**

- **Le client doit accepter un certain degré de difficultés:**
 - **Versailles, 20 juin 2011 - Eclairage conseil c/ Prodware** *"s'il est en effet acceptable que le client subisse une période de rodage liée au paramétrage du logiciel et aux réponses à apporter à ses demandes spécifiques, la durée de plus d'une année de dysfonctionnements pendant laquelle malgré les interventions il n'y a pas été remédié de façon satisfaisante, dépasse largement la tolérance qui peut être attendue du client. La société Eclairage Conseil ne peut donc se voir reprocher d'avoir cherché une solution auprès d'un autre prestataire de services"*.
 - **Versailles 30 juin 2011 - Eficom c/ Novemo** *"il est habituel qu'en matière de conception et de réalisation d'un site web, il y ait une période de mise au point pendant laquelle sont constatés des anomalies ou des dysfonctionnements qui sont réparés par le prestataire au fur et à mesure qu'ils sont signalés (...) Cette période de mise au point pendant laquelle le prestataire doit mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements repérés ne saurait cependant excéder 2 ou 3 mois suivant la mise en ligne, sauf corrections ponctuelles par la suite, les fonctionnalités essentielles du site web prévues initialement devant être disponibles aux visiteurs passé ce délai de sorte que le site réponde à l'usage auquel il était destiné"*

- **Versailles, 20 janvier 2011 - Eclairage Conseil c/ Prodware** : *"manquement à son obligation de résultat d'installer le logiciel SLX et l'interface avec le logiciel SAGE et de faire fonctionner le logiciel SLX et cette interface"*
- **Angers, 13 septembre 2011 - Puissance I c/ Kalysse** : *"En matière de délivrance, le fournisseur se trouve soumis à une **obligation de résultat**. Toutefois, il ne se trouve contraint qu'à délivrer un produit standard conforme aux spécifications du produit, telles qu'il les a annoncées au client. Son obligation consiste ainsi à atteindre le résultat qu'il a lui-même promis, c'est-à-dire fournir un produit standard conforme aux prescriptions de sa documentation, et non au résultat fixé par l'utilisateur comme c'est le cas en matière de logiciel spécifique."*
- **Toulouse, 15 juin 2011 - Espace Financière c/ Cegid et Institut Fimac** : *"la responsabilité de CEGID est engagée en ce qu'il lui est imputé **une anomalie bloquante**, quand bien même cette dernière, signalée le 9 avril 2008 a fait l'objet d'une solution de contournement le 28 août 2008, avant correction définitive par l'installation d'une nouvelle version du progiciel en octobre 2008."*

- **A mettre en parallèle :**
 - **Cass., 11 juillet 2006** : *"l'obligation de délivrance du vendeur de produits complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue"*
 - **Cass., 19 février 2008** : *"tout concepteur d'un progiciel à l'obligation de s'assurer que ce progiciel au moment de sa cession, répond tant aux besoins du client qu'aux obligations légales prévues ou prévisibles pour sa durée de vie, durée de l'amortissement, durée d'utilisation effective"*

Obligation de délivrance conforme (3/3)

Portée de la recette



- **Douai, 11 avril 2011 - Cometik c/ F.Carton** : *"la réception sans réserve ne couvre que les défauts apparents de conformité alors que (...) certaines prestations prévues au contrat (...) ne pouvaient s'apprécier qu'à l'usage à plus long terme"*.
- **Paris, 13 mai 2011 - I Pride France c/ Automobile Amiens** : *"AA qui a réceptionné fin 2004 puis utilisé la solution Si4 jusqu'en mai 2006 sans émettre de réserves sur le fonctionnement même du système, a disposé du temps nécessaire pour tester l'ensemble du système et mettre en évidence d'éventuels défauts de fonctionnement"*.
- **A mettre en parallèle:**
- *"la réception du système est bien intervenue sans réserve fin avril 2000 ; que toutefois, cette situation ne pouvait priver la société Philibert de toute possibilité de critiquer la prestation fournie par sa co-contractante dès lors qu'à défaut de clause en ce sens, le délai d'expression des réserves ne peut être assimilé à un délai d'action et son expiration à l'acquisition de la prescription"*(**Lyon, 23 févr. 2006 - Data System c/ Philibert**).

- En principe, indivisibilité naturelle ou conventionnelle
- **Paris, 7 septembre 2011 - Muz Optique et a. c/ Siemens Lease Service et a.:**
"Il est ainsi établi que les conventions simultanément avec la société Jidea et la société Siemens Lease Services participent d'une même opération économique consistant à fournir aux opticiens concernés un logiciel de diffusion de messages publicitaires, propriété de la société Jidea qui en concédait l'utilisation, ainsi que le matériel nécessaire pour y procéder, moyennant le paiement des loyers fixés aux contrats de location. (...) la société Siemens Lease Services ne peut valablement opposer la clause rendant les contrats de location indépendants du sort des autres conventions, cette clause étant en contradiction avec l'économie générale des contrats".

- **A l'inverse, Douai, 11 avril 2011 - Cometik c/ F. Carton :** *"Le locataire a été rendu attentif de l'indépendance juridique existant entre le contrat de location et le contrat de Prestation Maintenance Entretien et qu'il ne saurait suspendre le paiement des loyers sous prétexte des problèmes liés à l'exécution du contrat de Prestation Maintenance Entretien"* Mais le bailleur est tenu de l'obligation de délivrer au preneur la chose louée, conforme à la destination prévue au contrat.
- **Quid de la divisibilité conventionnelle?**
- **Cas d'espèce?**
- **Résultat identique**

- **Rouen, 9 février 2011 - Pharmacie centrale c/ Isipharm :**
- *"Le contrat de vente du logiciel prévoit sous la rubrique Responsabilité, qu'Isipharm n'est pas responsable des préjudices indirects tels que les préjudices financiers, commercial, la perte de clientèle, le trouble commercial quelconque, qui pourraient résulter de l'inexécution du contrat.*
- *Cependant, à supposer même que puisse être qualifié d'indirect le préjudice subi par la Pharmacie Centrale et lié au mauvais fonctionnement de son système informatique, cette clause n'a pas lieu de recevoir application au regard de la faute lourde commise par Isipharm dans l'exécution de ses obligations, qu'il s'agisse des interventions effectuées ou du fonctionnement du logiciel".*

- **Enseignement sur la rédaction de la clause** (parallèle avec Lyon, 23 février 2006 - Data System c/ Philibert Tourisme : application de la clause *"tout préjudice financier... constitue un dommage indirect et imprévisible qui ne saurait en aucun cas ouvrir droit à réparation..."*)
- **Enseignement sur la faute lourde** : dysfonctionnements non contestés par l'éditeur (introduction intempestive de données provenant d'une autre officine, destruction de données... mais contrat de licence beta test...)

- **Paris, 19 janvier 2011 - Autodesk Inc. / A.S. Architecte :**
 - Assignation sur le fondement de la contrefaçon du fait d'un nombre de licences acquis non suffisant par rapport à l'utilisation faite.
 - Installer **trois versions** d'un logiciel sur le même ordinateur constitue **trois actes de contrefaçon (trois reproductions)**
 - Prix qui aurait dû être payé : 46 000 euros
 - L'utilisation du logiciel dans de telles conditions (désactivation volontaire des protections...) conduit nécessairement à une dépréciation des originaux et constitue la négation des investissements humains et financiers considérables que leur mise au point a nécessité: 90 000 euros.
 - Mettre en parallèle d'autres décisions qui ont appliqué les remises contractuelles (en totalité ou partiellement)



EVERYTHING MATTERS

Les enseignements de la jurisprudence IT 2011 sur la conduite des contentieux

- ❑ **Les constats sur requête** comme éléments de preuve
- ❑ **L'expertise** : amiable ou judiciaire ? en référé ou avant-dire droit ?
- ❑ **Les préjudices** : vers une prise en compte des coûts salariaux ?

- Les constats sur requête constituent un mode d'administration de la preuve usuel dans le contentieux IT et efficace
 - mesure d'investigation permettant d'appréhender des éléments de preuve auprès d'un tiers ou bien même de son adversaire et le contenu informatique n'y échappe pas
 - mesure d'investigation autorisée dans un cadre procédural non contradictoire, ce qui la rend redoutable
- La décision rendue par la Cour d'appel de Lyon en mai 2011 (**Lyon, 10 mai 2011 – Gutenberg Networks / Knowlink**) est un cas d'école :
 - un contentieux de la rétractation de l'ordonnance, initialement rendue, autorisant la mesure d'investigation,
 - elle rappelle les conditions juridiques qui président à l'exercice de cette mesure
 - elle souligne le caractère approprié de la mesure en matière de logiciel

- Contexte de la décision :
 - un contentieux entre la société Knowlink (éditeur d'une solution logicielle) et la société Marketing Hotspot (spécialisée dans l'édition de catalogues pour les grandes surfaces) ayant abouti à la signature d'un protocole transactionnel aux termes duquel Marketing Hotspot communiquerait à Knowlink la preuve de la désinstallation de sa solution logicielle installée chez les clients de Marketing Hotspot
 - le soupçon de Knowlink que sa solution serait toujours installée et exploitée par un client de Marketing Hotspot (la société Gutenberg)
 - l'autorisation prononcée par le Président du Tribunal de grande instance de Saint Etienne, à la demande de Knowlink, de faire réaliser par un huissier de justice un constat dans les locaux de la société Gutenberg sur l'utilisation par cette dernière de sa solution logicielle
 - le recours engagé *a posteriori* par la société Gutenberg et le rejet de sa demande d'instruction par le Juge des référés du Tribunal qui ordonne en conséquence la remise à Knowlink des documents remis à l'huissier lors des opérations de constat

- La solution rendue par la Cour d'appel de Lyon sur appel de l'ordonnance de référé :
 - le principe du contradictoire a été respecté au stade de l'exécution de l'ordonnance sur requête puisque la requête et l'ordonnance ont été signifiées à la société Gutenberg
 - la mesure d'investigation était légitime car elle avait pour objet de rechercher des documents permettant d'établir l'importance des manquements imputés à une partie avant d'engager une action en responsabilité à son encontre
 - le recours à une procédure d'autorisation non contradictoire était en l'espèce parfaitement justifié car *"un logiciel informatique est par définition immatériel et peut être désactivé voire détruit instantanément et la société visée avait d'ores et déjà manifesté une volonté d'obstruction en ne répondant pas aux interrogations sur son utilisation". "Une mesure contradictoirement prise en référé aurait permis une complète disparition des moyens de preuves immatériels.."*
 - la mesure d'investigation était *"limitée à la copie et à la communication de tout élément permettant d'opérer une comparaison entre les logiciels et découvrir le moyen par lequel la SAS Gutenberg Networks a pu entrer en possession de ce logiciel"* (ici une comparaison des structures de codes des solutions logicielles et une communication des documents comptables relatifs aux faits incriminés)
 - Le secret des affaires ne constitue pas un obstacle à l'application d'une telle mesure d'investigation.

- Quelques statistiques :
 - sur 23 décisions rendues en 2011, 8 ont été précédées du dépôt d'un rapport d'expertise judiciaire
 - soit un taux supérieur à 30%
 - dans la majorité de ces hypothèses, l'expertise judiciaire a été ordonnée par le Juge des référés
 - 3 décisions rendues par le Juge du fond ordonnent une expertise judiciaire
 - dans deux affaires, le Juge du fond écarte une demande d'expertise judiciaire faite dans le cours de l'instance au fond
 - une seule mesure d'expertise judiciaire ordonnée au niveau de la procédure d'appel (mais dans un contexte particulier d'appel de décision ordonnant avant-dire droit une mesure d'expertise judiciaire)

- Quelques constats tirés des décisions de jurisprudence IT 2011 :
 - l'expertise judiciaire n'est pas réservée aux "gros" contentieux tels que le dossier MAIF / IBM ;
 - l'expertise judiciaire inclut habituellement l'analyse des préjudices, mais ce n'est pas systématique ;
 - les hypothèses de nullité du rapport d'expertise sont rares
 - **Versailles, 20 janvier 2011 – Eclairage Conseil / Prodware** : infirmation du jugement qui avait prononcé la nullité du rapport
 - les Juges ne sont pas liés par les conclusions de l'expert judiciaire
 - un même rapport d'expertise judiciaire peut aboutir à des solutions entre la 1^{ère} instance et l'appel fondamentalement opposées.
 - **Poitiers, 17 juin 2011 – Duotech – Cigec**
 - **Poitiers, 25 novembre 2011 – MAIF / IBM** : les premiers juges n'ont pas tenu compte du rapport d'expertise intervenu
 - même en présence des conclusions de l'expert judiciaire, le Juge opère un travail d'analyse minutieux et justifie sa décision par les éléments du dossier et non par un simple renvoi à un rapport d'expertise judiciaire
 - **Paris, 12 mai 2011 – Arès / Compass Groupe France**

- L'expertise amiable a toujours sa place dans le contentieux informatique, même au côté de l'expertise judiciaire
 - un principe constamment rappelé par la Cour de cassation : le rapport d'expertise amiable est une pièce admissible à titre de preuve dès lors qu'il a pu faire l'objet d'un débat contradictoire
 - **Versailles, 20 janvier 2011 – Eclairage Conseil / Prodware** : la Cour analyse les responsabilités à la lumière du rapport technique amiable et du rapport d'expertise judiciaire
- Quels enseignements pratiques ?

Les préjudices indemnisables : vers une prise en compte des coûts salariaux ?



- Les coûts salariaux ne rentrent pas *a priori* dans la catégorie des préjudices indemnisables
 - il s'agit de charges fixes pour l'entreprise, qui les aurait supportées en tout état de cause
 - ils ne sont donc pas assimilables à des surcoûts
- Une distinction traditionnellement faite entre :
 - les coûts salariaux (non indemnisables)
 - les heures supplémentaires et les charges intérimaires (indemnisables car constitutives d'un surcoût pour l'entreprise – à supposer évidemment qu'elles répondent aux autres critères retenus par les articles 1149 et suivants du Code civil).
- Un premier infléchissement de la jurisprudence avait conduit à retenir à titre de préjudice indemnisable les rémunérations des salariés si la démonstration était faite que ces salariés avaient été affectés à des **tâches improductives**
 - **Lyon, 26 mai 2005 - Kilove Location / Cegid** : *"la Sarl Kilove Location a subi des préjudices annexes qu'il convient d'indemniser, notamment un préjudice commercial découlant des perturbations entraînées par la tentative avortée de mettre en place la solution informatique et du fait qu'elle a dû verser des rémunérations à ses salariés occupés à des tâches improductives"*

Les préjudices indemnisables : vers une prise en compte des coûts salariaux ?



- L'analyse des décisions IT 2011 dénote une inclination de certains juges à reconnaître le caractère indemnisable des charges salariales par le biais de justifications diverses
 - **Grenoble, 7 avril 2011 - Risc Group / Albon Plastiques** : *"l'expert note dans son rapport que ces dysfonctionnements ont entraîné des pertes de temps par le personnel de la société et ses dirigeants dues aux perturbations du système ... Si ces perturbations n'ont occasionné aucune heure supplémentaire, elles ont pour autant occasionné un **préjudice constitué par une perte de temps du personnel et des dirigeants** au détriment de l'activité de la société et **manifestée par une baisse du chiffre d'affaires constatée par l'expert à cette période**"*
 - **Versailles, 30 juin 2011 - Eficom / Novemo** : *"il ressort des pièces que la société Novemo a été contrainte, à raison des anomalies persistantes, de passer beaucoup de temps à suivre ces dysfonctionnements, sans pour autant que soit démontré le **préjudice financier allégué correspondant au temps consacré aux mails et échanges** avec la société Eficom" (a contrario)*
 - **Aix en Provence, 7 septembre 2011 - Cie Alimentaire / Equation Equapro** : *"au titre de la **perte de temps liée à l'utilisation du logiciel ancien inadapté pendant une année supplémentaire** elle réclame une somme de 23.797 € qui, à raison de cinq mois imputables à la société prestataire, et au vu, d'une part, **des bulletins de salaire du mois de janvier 2008**, d'autre part, d'une attestation non combattue de l'expert comptable affirmant que le logiciel qui devait être remplacé a dû être utilisé une année de plus et était trois fois moins rapide que le logiciel en définitive acquis, sera réduite après arrondi à 9.000 €"*



EVERYTHING MATTERS

Conclusion

- Une constante dans les concepts juridiques du droit de l'informatique
- Une confirmation des risques pris par l'auteur de la rupture de la relation contractuelle
- Fort caractère aléatoire du contentieux informatique (même après un rapport d'expertise)
 - constat 1 : l'analyse des risques devient un exercice difficile
 - constat 2 : le contentieux informatique ne peut pas être une fin en soi
 - recommandation : favoriser le recours au mode de règlement alternatif de règlement des litiges