

FAQ - Gestion des Contrats IT en période de crise : 7 choses à savoir

SOMMAIRE

PROPOS INTRODUCTIFS	1
1. PEUT-ON SE PRÉVALOIR DE LA FORCE MAJEURE POUR SUSPENDRE L'EXÉCUTION DE SES OBLIGATIONS ?	2
2. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE LA FORCE MAJEURE SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS IT ?	3
3. NOTRE CO-CONTRACTANT NOUS NOTIFIE LA MISE EN JEU DE LA FORCE MAJEURE : COMMENT RÉAGIR ?	4
4. EST-IL POSSIBLE D'IMPOSER À SON COCONTRACTANT UNE RENÉGOCIATION DES CONDITIONS FINANCIÈRES ET/OU MODALITÉS D'EXÉCUTION DES CONTRATS ?	4
5. IL EST À CRAINDRE QUE NOTRE CO-CONTRACTANT NE PUISSE EXÉCUTER SES OBLIGATIONS, PEUT-ON SUSPENDRE L'EXÉCUTION DE NOS OBLIGATIONS ?	5
6. EST-CE QUE LE CONTEXTE DU COVID-19 PERMET DE RÉSILIER CERTAINS CONTRATS PORTANT SUR DES PROJETS IT ?	
7. QUEL PLAN D' ACTIONS METTRE EN ŒUVRE POUR LA GESTION DE SES CONTRATS IT ?	6

Propos introductifs

Dans un communiqué du 25 mars 2020, les présidents de Syntec Numérique et du Cigref ont appelé solennellement leurs adhérents, utilisateurs et fournisseurs de solutions et services numériques, aux exigences de compréhension mutuelle, de solidarité professionnelle et d'anticipation en ce temps de crise¹.

Si certains prestataires IT tirent leur épingle du jeu dans la crise actuelle², l'épidémie de Covid-19 est susceptible d'avoir des conséquences financières importantes pour de nombreux éditeurs³, ainsi que pour les Entreprises de Services du Numérique (ESN).

S'agissant notamment des ESN, ces dernières ont vu un grand nombre de projets réduits ou gelés depuis le début de la crise pour des motifs variés (impossibilité de se déplacer chez les entreprises clientes du fait des mesures de confinement, déficit d'interlocuteurs et/ou compression des coûts côté client etc.).

¹ <https://syntec-numerique.fr/communiqu\u00e9-presse>

² Par exemple, les éditeurs d'outils collaboratifs, de logiciels de e-santé.

³ En particulier, les éditeurs de petite taille (cf. en ce sens l'article des Echos du 23 mars 2020 – <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/covid-19-le-cri-dalarme-du-logiciel-francais-en-mal-detre-pay\u00e9-1187766>)

Dans la grande majorité des cas, prestataires IT (éditeurs et ESN) et entreprises clientes réussissent à s'entendre sur les modalités d'adapter l'exécution des contrats du fait de l'épidémie de Covid-19.

Dans certains cas cependant, le contexte actuel aboutit (à tort ou à raison) à la suspension ou à la résiliation de contrats IT, voire même dans certains cas, à des réductions de prix forcées sous menace de déréférencement.

Le présent article se propose de faire un point sur sept questions fréquentes rencontrées concernant l'exécution des contrats IT dans le contexte du Covid-19.

1. Peut-on se prévaloir de la force majeure pour suspendre l'exécution de ses obligations ?

Il est peut-être tentant dans la situation épidémique actuelle pour une entreprise cliente ou pour un prestataire IT d'invoquer la force majeure pour se soustraire à l'exécution de ses obligations.

Ainsi, côté entreprise cliente, on invoquera (de manière justifiée ou non) la force majeure pour refuser de payer les licences/prestations. Elle pourrait également être mise en avant côté prestataire pour justifier le retard, voire la suspension de certains projets IT jugés non prioritaires⁴.

Pour autant, est-ce possible ?

La force majeure est définie à l'article 1218 alinéa 1 du Code Civil⁵.

Quatre conditions sont requises pour que la force majeure soit retenue en matière contractuelle : (i) un événement échappant au contrôle du débiteur (ii) cet événement ne pouvait être raisonnablement connu lors de la conclusion du contrat (iii) les effets de cet événement ne peuvent être évités par des mesures appropriées et (iv) cet événement rend impossible l'exécution de la prestation.

Si le Ministre de l'Economie Bruno Le Maire a annoncé le 28 février dernier que le Covid 19 constituait aux yeux du gouvernement un cas de force majeure, cette déclaration peut être trompeuse et ne lie pas l'appréciation des juges dans le cas des contrats de droit privé.

La question de la possible application de la force majeure dans le cadre de projets IT dépend de nombreux critères (point de départ et nature de la relation contractuelle, qualité du client et du prestataire, dispositions spécifiques du contrat relativement à la force majeure etc.) et ne peut recevoir une réponse uniforme.

Le premier réflexe devra être de se reporter au contrat en question afin de savoir si la question de la force majeure est traitée ou non.

En l'absence de dispositions spécifiques sur la force majeure dans un contrat IT, la démonstration d'un cas de force majeure ne devrait pas être aisée.

⁴ Pour certains prestataires, l'indisponibilité des matériels va également diminuer le volume de certaines prestations, par exemple de migration, voire les rendre impossible.

⁵ « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

Ainsi, par exemple :

- La **condition d'imprévisibilité** devrait faire échec à l'application de la force majeure aux contrats conclus ou renouvelés au début de la situation épidémique⁶ ;
- La **condition tenant à l'impossibilité d'exécuter son/ses obligation(s)** devrait faire obstacle à l'invocation de la force majeure côté entreprise cliente pour refuser de payer son prestataire IT et bien souvent aussi côté prestataire.

Côté entreprise cliente, la Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de juger que « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* »⁷.

Côté prestataire IT, il sera également souvent difficile de démontrer une impossibilité d'exécuter ses prestations, en effet, par exemple :

- S'agissant des contrats d'exploitation (ex : maintenance, infogérance etc.), si un travail sur site est parfois exigé, dans la majorité des cas, l'exécution des prestations peut se faire à distance ;
- S'agissant des contrats Saas, si certaines solutions logicielles sont particulièrement sollicitées (ce qui peut entraîner une saturation des réseaux), il devrait être difficile de justifier d'une impossibilité totale de fournir les services.
- S'agissant de projets IT de développement en méthode agile, il est bien souvent possible de continuer les travaux en télétravail.

En présence d'une clause de force majeure dans le/les contrats, il conviendra notamment de vérifier si une épidémie a été préqualifiée comme événement de force majeure ou si, au contraire, les parties ont entendu l'exclure. Et même en présence d'une préqualification, la partie qui s'en prévaut devra absolument pouvoir justifier d'une impossibilité d'exécution de son obligation.

2. Quelles sont les conséquences de la force majeure sur l'exécution des contrats IT ?

Le premier réflexe sera encore de vérifier l'existence ou non d'une clause de force majeure dans les contrats IT concernés.

En l'absence de clause de force majeure, sa mise en jeu par une entreprise cliente ou par un prestataire IT (sans préjudice d'une contestation ultérieure de la réalité de la force majeure) a pour effet de suspendre temporairement l'exécution du contrat à moins que le retard qui en résulterait justifierait la résolution du contrat.

En présence d'une clause de force majeure, il conviendra de se référer à la rédaction de la clause, laquelle peut aménager les conséquences de la mise en jeu de la force majeure (sous réserve que les parties n'aient pas entendu expressément exclure une épidémie comme un cas de force majeure).

Par ailleurs, il conviendra également d'être attentif à la question de la durée stipulée dans la clause de force majeure le cas échéant : par exemple cette clause peut exiger que l'événement de force majeure perdure dans le temps pendant 30 jours ou 60 jours, pour être qualifié d'événement de force majeure.

⁶ L'OMS a déclaré le Covid-19 comme une urgence de santé publique de portée internationale à partir du 20 janvier 2020. L'Etat d'urgence est entré en vigueur en France le 24 mars 2020 pour une durée de 2 mois.

⁷ Cass.com, 16 septembre 2014, n°13-20.306

La clause pourra prévoir, soit une suspension de l'ensemble du contrat, soit seulement une suspension de l'obligation du débiteur.

3. Notre co-contractant nous notifie la mise en jeu de la force majeure : comment réagir ?

En premier lieu, il conviendra naturellement de comprendre les raisons sous-jacentes à une telle notification (difficultés financières réelles de l'entreprise cliente ? Vraie impossibilité pour le prestataire IT d'exécuter ses prestations ? etc.)

Dans tous les cas, il est fortement recommandé :

- De vérifier si la clause a été activée en conformité avec les dispositions du contrat (mécanisme de notification, préavis etc.) ;
- D'analyser si des mécanismes juridiques autres que la force majeure ne pourraient être mis en œuvre (révision pour imprévision telle que prévue par le Code civil (cf. point 4.), clause de « hardship » etc.) ;
- D'apprécier l'intérêt de renégocier le contrat en fonction de l'enjeu pour le co-contractant de maintenir la relation contractuelle (il sera, par exemple, dans bien des cas bien plus avantageux côté prestataire de proposer un réaménagement des modalités de paiement que de s'engager dans un contentieux contestant la réalité de la force majeure même si cela est justifié).

4. Est-il possible d'imposer à son cocontractant une renégociation des conditions financières et/ou modalités d'exécution des contrats ?

La situation épidémique peut amener certains clients à contraindre certains de leurs prestataires IT à diminuer le prix de certaines de solutions logicielles/prestations jugées non essentielles (logiciels concédés en mode Saas considérés comme non prioritaires car portant sur une/des activité(s) à l'arrêt, projets gelés etc.).

De leurs côtés, certains prestataires IT peuvent se voir dans l'impossibilité d'exécuter certaines de leurs obligations faute, par exemple, de pouvoir se rendre sur le site du client et/ou encore de disposer du matériel nécessaire. Dans des cas marginaux, cela peut être l'occasion de justifier de « mettre sur la touche » des projets qui ne sont plus prioritaires, voire déficitaires.

Dans la grande majorité des cas, clients et prestataires IT s'entendront sur une renégociation des termes du contrat via la signature d'un avenant.

Cependant dans certains cas des désaccords feront obstacle à la signature d'un tel avenant.

Est-il possible dans ce cas pour l'une ou l'autre des parties de se prévaloir du mécanisme de la révision pour imprévision stipulé à l'article 1195 du Code civil⁸ ?

⁸ Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

Ce mécanisme permet à l'une ou l'autre des parties de solliciter une renégociation du contrat à son cocontractant sous 3 conditions : (i) Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat (ii) ce changement rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties et (iii) la partie concernée n'en avait pas accepté le risque.

Il faudra tout d'abord vérifier au préalable que les parties n'ont pas entendu renoncer à ce mécanisme (cas très fréquent lors de la négociation des contrats IT).

En l'absence d'exclusion de ce mécanisme par le contrat, là encore, il n'est pas possible d'apporter une réponse unique à cette question qui dépendra de nombreux paramètres tels que, par exemple, la date de signature du contrat (ce mécanisme s'applique uniquement aux contrats conclus après 2016) ou encore le motif qui conduit l'une des parties à considérer que l'exécution serait rendue excessivement onéreuse.

Ce dernier motif donnera sans nul doute lieu à des interprétations délicates.

Prenons l'exemple du développement par un prestataire IT d'une plateforme de réservation de voyages en ligne pour une agence de voyages qui devait être opérationnelle pour la fin du mois d'avril mais dont le déploiement (faisant l'objet d'un calendrier impératif) va être significativement retardé en raison de l'épidémie.

En raison de ce retard, l'entreprise cliente ne pourra en faire usage pour les réservations de voyage pour l'été à venir⁹. Pourrait-elle se prévaloir d'une exécution excessivement onéreuse dès lors qu'elle ne pourra capitaliser sur le gain de chiffre d'affaires escompté par l'utilisation de cette plateforme ?

Rien n'est moins sûr, ce qui donnera lieu à des discussions.

Notons que la mise en œuvre de ce mécanisme implique en outre un accord de son co-contractant à la demande de renégociation. En cas d'échec des négociations, il conviendra de recourir au juge ce qui apparaît difficilement compatible avec les conséquences financières de l'épidémie (et ce d'autant plus au regard du ralentissement de l'activité judiciaire).

5. Il est à craindre que notre co-contractant ne puisse exécuter ses obligations, peut-on suspendre l'exécution de nos obligations ?

Dans le contexte actuel, certains prestataires IT peuvent craindre le non-paiement de leurs licences/prestations par certaines entreprises clientes (voire même, se sont vus notifiés des risques d'impayés).

De manière similaire, certaines entreprises clientes peuvent s'inquiéter de ce que certains prestataires ne puissent être en mesure d'exécuter leurs obligations ou les exécutent imparfaitement et/ou avec beaucoup de retard par rapport aux calendriers contractuels (par exemple, indisponibilité d'un interlocuteur « clé » côté prestataire).

Est-il possible dans ce contexte de suspendre l'exécution de ses propres obligations par anticipation ?

⁹ A supposer que les voyages à l'étranger soient possibles cet été !

Cette possibilité pourrait trouver appui sur l'article 1220 du code civil¹⁰ qui permet à une partie de suspendre l'exécution de son obligation sous deux conditions : (i) il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et (ii) les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves.

Là encore, il conviendra d'être très prudent dès lors que de nombreux paramètres entrent en jeu.

Tout d'abord, on vérifiera que le contrat n'exclut pas la possibilité de se prévaloir de l'exception d'inexécution.

Ensuite, on s'assurera d'évaluer les éléments qui démontrent que le cocontractant n'aura pas exécuté son obligation à l'échéance.

Il conviendra également de qualifier les conséquences et d'apprécier leur importance, par exemple préjudice d'image, perte de clientèle.

6. Est-ce que le contexte du Covid-19 permet de résilier certains contrats portant sur des projets IT ?

Il peut être tentant pour un co-contractant d'essayer de mettre fin à un projet IT du fait de la situation épidémique en se prévalant notamment d'une clause de résiliation pour convenance dans certains contrats IT.

Cependant, là encore, cela n'est pas sans risque.

Il conviendra au préalable de vérifier notamment les cas d'ouverture de cette résiliation dans le contrat, le délai de préavis à respecter, l'indemnisation à verser à son co-contractant le cas échéant.

D'autre part, l'activation d'une telle clause ne pourrait se faire qu'à l'issue d'une appréciation globale : est-ce que l'indemnisation prévue est suffisante ? Est-ce que la résiliation ne pourrait pas s'analyser comme une rupture brutale de relations commerciales établies ?

En outre, la résiliation d'un contrat devra notamment tenir compte de **l'Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020**, laquelle dispose en son article 5 que les clauses résolutoires lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré [pendant la période comprise entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire].

7. Quel plan d'actions mettre en œuvre dans la gestion de ses contrats IT ?

Il est recommandé aux clients et prestataires IT dont l'exécution de leurs contrats IT sont impactés par l'épidémie de Covid-19 de mettre en place un plan d'actions impliquant notamment de :

¹⁰ « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

1. Anticiper

- Identifier les contrats IT essentiels en cours et leur risque d'inexécution au regard des engagements pris ;
- Prendre en compte l'indivisibilité des contrats, en analysant les conséquences possibles d'un manquement et/ou d'une inexécution, y compris sur d'autres contrats (par exemple pour les prestataires IT sur les contrats de sous-traitance, sur les contrats fournisseurs) ;
- Identifier les dispositions de ces contrats (clauses de résiliation, clause de force majeure, clause de « material adverse change », clause de « hardship » etc.) qui pourraient être invoquées dans l'hypothèse d'une impossibilité d'exécution due à l'épidémie ;
- Identifier les obligations d'information qui peuvent/doivent être mises en œuvre.

2. Renégocier

- Analyser les failles du contrat pour répondre aux nouvelles difficultés engendrées par le Covid-19 tant côté entreprise cliente que côté prestataire IT ;
- Définir une stratégie en identifiant les modifications à effectuer pour servir les intérêts des deux parties (exemple : allongement des délais de paiement exceptionnel contre retard accepté de la réalisation des prestations) ;
- Evaluer au cas par cas la stratégie à mettre en place.

3. S'organiser

- Coordonner les différents services (achats, finance, juridique etc.) afin qu'ils tiennent le même discours ;
- Prendre en considération les impacts liés à l'épidémie actuelle sur la rédaction de certaines clauses des contrats IT à venir (clause de force majeure, clause de renégociation etc.).

Dans tous les cas, ainsi qu'il a été explicité ci-dessus, il n'existe pas de réponse unique et l'impact de l'épidémie sur l'exécution des contrats IT devra faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.