

Jacques de Werra

Contrats informatiques: quelle protection pour les clients inexpérimentés?

Commentaires et réflexions concernant l'arrêt «Logiciel informatique» du Tribunal fédéral du 11 juillet 2023, 4A_372/2022¹

L'arrêt «Logiciel informatique» offre l'occasion de s'interroger sur le besoin de protection de clients inexpérimentés en matière de projets IT et de contrats informatiques sous les deux angles traités dans l'arrêt: d'une part la protection contre des clauses jugées insolites figurant dans les conditions générales utilisées par le fournisseur de services informatiques et d'autre part la possibilité pour le client de continuer à utiliser après la résiliation du contrat le logiciel spécifique qui a été développé pour lui dans le cadre d'un contrat de développement de logiciel, ce qui dépend de la titularité du droit d'auteur sur le logiciel développé.

Der Entscheid «Logiciel informatique» bietet Gelegenheit, sich zu fragen, ob Kunden ohne Erfahrung im Bereich von IT-Projekten und Informatikverträgen hinsichtlich der beiden in diesem Fall angesprochenen Gesichtspunkte geschützt werden müssen. Einerseits geht es um den Schutz vor als ungewöhnlich beurteilten Klauseln in den vom Anbieter von Informatikdienstleistungen verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und andererseits um die Möglichkeit zugunsten des Kunden, die im Rahmen eines Softwareentwicklungsvertrags speziell für ihn entwickelte Software auch nach der Kündigung des Vertrags noch weiter zu benutzen. Die Antwort auf die zweite Frage hängt davon ab, ob der Kunde Inhaber der Urheberrechte an der entwickelten Software geworden ist.

-
- I. Introduction
 - II. Le caractère insolite des clauses figurant à l'art. 6 des conditions générales
 - III. Les droits d'utilisation du client sur le logiciel personnalisé
 - IV. Conclusions

I. Introduction

L'arrêt «Logiciel informatique» comporte deux enseignements principaux. Tout d'abord, il invite à la vigilance les fournisseurs de produits et services informatiques (fournisseurs IT) qui utilisent des conditions générales (CG) qui doivent dès lors (encore plus) soigneusement évaluer si leurs CG lient leurs clients, notamment en vertu du test des clauses insolites. Pour ce faire, il convient d'évaluer si une clause des CG peut être considérée comme insolite pour les clients inexpérimentés en matière d'IT, même s'il s'agit de clients commerciaux dans un contexte de transactions Bu-

siness to Business (B2B). Ainsi, si une clause jugée insolite n'a pas été spécialement portée à l'attention de la partie inexpérimentée au moment de la conclusion du contrat, le client peut prétendre que ladite clause est insolite et lui est donc inapplicable. Comme le montre cette affaire, les tribunaux (y compris le Tribunal fédéral) peuvent être légitimés à exercer un certain contrôle judiciaire des CG sous l'angle de l'analyse de leur caractère insolite de leur propre initiative (c'est-à-dire sans grief, ni argumentation juridique spécifique des parties concernant la disposition litigieuse), dès lors que la question du caractère insolite des clauses des CG est «une thématique classique s'agissant des conditions générales».²

Ensuite, l'arrêt est important car il rappelle que les parties qui négocient des accords de développement de logiciels doivent spécifier précisément la nature et l'étendue des droits de propriété intellectuelle (soit spécifiquement les droits d'auteur) attribués aux clients en ce qui concerne les logiciels personnalisés qui font l'objet du contrat. L'accord doit ainsi préciser si le client obtient la titularité des droits

JACQUES DE WERRA, Professeur ordinaire/Directeur du Digital Law Center (www.digitallawcenter.ch), Faculté de droit de l'Université de Genève; professeur invité (Charles Hieken Visiting Professor in Patent Law) à Harvard Law School (semestre d'hiver 2024).

-
- 1 Cette contribution est dérivée de la contribution rédigée conjointement avec Marianna Sorton (doctorante et assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève), Early Termination of a Software Development Agreement: Which Provisions in the General Terms & Conditions of the IT Provider shall be deemed «Unusual» (and thus Unenforceable) and Which Rights related to the Custom Software shall the Client have following the Termination Swiss Contract Law, 6 décembre 2023 (<https://swisscontract.law/31/>).
 - 2 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.5.3.

d'auteur sur le logiciel personnalisé ou seulement une licence d'utilisation de ce logiciel. Il doit également définir le droit d'utilisation du logiciel en cas de résiliation anticipée de l'accord.

L'objectif de cette courte contribution est de formuler quelques commentaires et réflexions que suscite cet arrêt (sans reproduire ici les éléments de l'arrêt auquel il est ainsi renvoyé, cf. p. 23 de ce numéro ci-dessous).

II. Le caractère insolite des clauses figurant à l'art. 6 des conditions générales

S'agissant tout d'abord de la question de l'inapplicabilité de l'art. 6 des CG au motif que cette clause est insolite pour le client (inexpérimenté en matière d'IT) qui a conclu le contrat avec son fournisseur IT (expérimenté), on peut se demander si cette conclusion du Tribunal fédéral était pleinement justifiée à la lumière des circonstances de l'affaire.

On peut relever d'emblée que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas toujours été clémente pour les clients inexpérimentés ayant conclu des contrats avec leurs fournisseurs IT. Ainsi, dans un arrêt publié aux ATF, il a été jugé qu'un fournisseur informatique n'avait pas l'obligation d'informer son client et de clarifier l'étendue d'un contrat de licence concédée à son client (code objet/code source), même s'il existait un écart considérable entre le niveau d'expertise de chaque partie.³ Cet arrêt avait d'ailleurs été critiqué en doctrine.⁴

Une autre affaire, plus récente, témoigne aussi de la sévérité de notre Haute Cour envers un client utilisateur de solutions IT fournies par un tiers. Dans ce litige, ce client (un garagiste qui manquait assez visiblement d'expérience/de connaissances informatiques) avait vendu les actifs de son garage dans le cadre d'une transaction de vente d'actifs («*asset deal*») couvrant notamment des logiciels d'entreprise. Le contrat a ensuite été invalidé par l'acheteur (pourtant plus expérimenté que le vendeur en matière d'IT) pour vice de consentement (dol) au motif que le vendeur a été considéré comme ayant frauduleusement trompé l'acheteur concernant l'absence de transfert du droit d'auteur sur les logiciels d'entreprise dans le cadre de l'opération de vente (cette affaire gardant toutefois de nombreux points d'incertitude).⁵ Dans les deux affaires susmentionnées, le manque d'expérience des clients n'a pas conduit à leur protection accrue. Certes, on doit souligner qu'aucune de ces deux affaires n'impliquait le contrôle judiciaire des CG sur la base du principe des clauses insolites, ce qui peut naturellement expliquer la différence de traitement.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour qu'une clause des CG soit considérée comme insolite, deux conditions cumulatives doivent être remplies: une condition subjective et une condition objective.⁶ Selon la condition subjective, la partie qui est supposée être liée par la clause litigieuse des CG doit manquer *subjectivement* d'expérience spécifique à la branche («*Fehlen von Branchenerfahrung*»).⁷ Quant à la condition objective, elle exige que la clause soit *objectivement* insolite ou étrangère à l'affaire en

question, ce qui est le cas si son application entraîne une modification substantielle de la nature du contrat ou (alternativement) si la clause en question diffère considérablement du cadre juridique régissant le contrat.⁸

Une particularité de l'affaire analysée ici est que les CG faisaient partie d'un accord B2B. Le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 6 des CG était subjectivement inhabituel pour le client concerné. Toutefois, la détermination du niveau d'expérience (ou plutôt d'inexpérience) du client qui a été effectuée par notre Haute Cour suscite certains doutes.

Notre Haute Cour admet en effet elle-même que le dossier de l'affaire contenait peu de preuves sur la manière dont les accords avaient été négociés et signés par les parties. En particulier, le dossier ne contenait aucune mention de l'identité et du niveau d'expertise des représentants du client dans le cadre des négociations et de la conclusion des contrats, en particulier du contrat de développement de logiciel. En d'autres termes, il n'y avait pas dans le dossier d'éléments déterminants concernant le niveau d'expertise ou d'inexpertise du client en matière de contrats informatiques. Au lieu de renvoyer la cause à la cour cantonale pour complément d'instruction, le Tribunal fédéral a conclu que les parties n'étaient pas sur un pied d'égalité en estimant qu'«on ne peut pas postuler que les parties étaient sur un pied d'égalité au niveau de l'expertise juridique – d'autant moins que l'on ignore dans quelles circonstances ces contrats spécialisés ont été négociés, puis signés et quelles personnes (dotées ou non de connaissances juridiques spécifiques) ont agi pour le compte de la cliente».⁹

Or, en l'absence de preuves, on aurait parfaitement pu aboutir à la conclusion inverse, comme l'avait d'ailleurs fait la cour cantonale lorsqu'elle avait estimé que les parties étaient économiquement égales et toutes deux expérimentées en affaires.¹⁰ Le Tribunal fédéral a donc considéré que le client était un client commercial inexpérimenté, contrairement à la fournisseuse de services informatiques, qui était, pour reprendre la formulation du Tribunal fédéral, «rompue aux particularités des contrats informatiques».¹¹

En admettant la position plus faible et le besoin de protection des entreprises clientes des prestataires de services informatiques, il ne serait pas déraisonnable de penser, à la lumière de cet arrêt du Tribunal fédéral, que ce besoin de protection ne devrait s'appliquer qu'en lien avec des clauses de CG qui relèveraient des «particularités des

3 ATF 125 III 263 ss consid. 4c.

4 C. CHAPPUIS, Note sur le devoir d'information du donneur de licence à l'égard du preneur de licence en matière informatique, SJ 1999, 474 ss.

5 TF du 17 juin 2022, 4A_502/2021, consid. 4.3; J. DE WERRA, Software in Asset Deals: Buying IP Rights on the Software, Buying Hardware or Buying a (mere) Copy of the Software?, Swiss Contract Law, 15 septembre 2023 (<<https://swisscontract.law/29/>>, 29 novembre 2023).

6 ATF 138 III 411 ss consid. 3.1.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.6.

10 TC Fribourg du 11 juillet 2022, 102.2019.240, consid. 6.2.

11 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.6.

contrats informatiques»¹² et qui sembleraient ainsi insolites à un client qui n'est pas familiarisé avec ces «particularités». Or, dans le cas présent, on ne peut s'empêcher de se demander si les dispositions contractuelles jugées insolites et donc inapplicables par le Tribunal fédéral étaient vraiment spécifiques aux contrats informatiques et aux contrats de développement de logiciels, ce qui n'est en réalité pas le cas.

Selon le Tribunal fédéral, le premier aspect inhabituel de l'art. 6 des CG était la procédure contractuelle imposée au client pour contester les factures du fournisseur informatique, à savoir un délai de 30 jours et une forme stricte de signification (courrier recommandé avec accusé de réception). Le deuxième aspect inhabituel de l'art. 6 des CG était la clause pénale qui prévoyait le paiement d'une indemnité forfaitaire de résiliation (d'environ CHF 107'000.–) en cas de résiliation anticipée du contrat de développement de logiciel par le client sans faute du fournisseur IT.¹³ Le Tribunal fédéral a estimé que ces deux aspects s'écartaient considérablement de la loi, sans toutefois identifier de dispositions légales spécifiques, et laissant ainsi une incertitude quant à la qualification du contrat et au cadre juridique applicable.

A ce propos, on peut constater que dans les considérants de l'arrêt concernant la deuxième question relative au droit d'auteur, le Tribunal fédéral a estimé que la relation contractuelle entre les parties portant sur le développement de logiciels «a compté une part de prestation (s) proche (s) du contrat d'entreprise»,¹⁴ tout en soulignant «la difficulté de réduire la relation contractuelle à un ou plusieurs types de contrats nommés». ¹⁵ On peut estimer que, pour ce qui concerne le volet de développement du logiciel spécifique, le droit du contrat d'entreprise est susceptible de s'appliquer (au moins par analogie) même si le Tribunal fédéral ne l'a pas clairement retenu (il a exposé – dans le considérant de l'arrêt concernant le droit d'utilisation du logiciel – que le contrat de licence était «assorti d'une prestation principale afférente au contrat d'entreprise»).¹⁶

Dans ce contexte, pour ce qui concerne le mécanisme contractuel de contestation de factures, on doit relever qu'il s'agit d'un élément fréquent dans de nombreux contrats commerciaux (B2B). Ce mécanisme de contestation de la facture peut, en effet, se retrouver dans de nombreux contrats d'entreprise (hors industrie informatique), notamment dans le domaine de la construction. De tels mécanismes sont également courants dans d'autres types de contrats et dans d'autres secteurs (p.ex. contrats bancaires). Cet arrêt a ainsi suscité certaines craintes et pourrait inciter les entreprises fournisseuses de services à revoir la manière dont l'attention de leurs clients est attirée sur de telles dispositions contenues dans leurs CG, dans la mesure où une adhésion générale aux CG par le client pourrait ne plus suffire.¹⁷

Par ailleurs, la clause de l'art. 6 des CG prévoyait le paiement d'une indemnité forfaitaire de résiliation de CHF 107'289.– si la résiliation par le client avait lieu sans qu'aucune faute n'ait été commise par le fournisseur de services informatiques. A ce propos, le Tribunal fédéral a estimé que cette disposition constituait une «clause pénale insolite»¹⁸ et que «cette clause standardisée porte elle aussi sé-

rieusement atteinte à la situation juridique de la cliente et s'écarte notablement du régime légal»,¹⁹ sans toutefois préciser quelles règles légales par défaut auraient pu être applicables dans ce contexte.

On doit là aussi sérieusement s'interroger sur la qualification comme insolite de cette clause prévoyant l'obligation de payer l'indemnité forfaitaire de résiliation (prévue à l'article 6 des CG). Le régime légal applicable aux contrats d'entreprise prévoit en effet que «[l]e client peut résilier le contrat à tout moment avant l'achèvement des travaux, à condition de payer les travaux déjà effectués et d'indemniser intégralement le contractant» selon l'art. 377 du Code des obligations (CO). En outre, on sait que le client a le droit de résilier un contrat d'entreprise en cas de dépassement excessif du devis approximatif pour les travaux, sans qu'il y ait une faute de la part du client, ce conformément à l'art. 375 al. 1 CO.

En l'espèce, il n'est pas clairement établi sur la base des informations disponibles dans quelle mesure le prestataire informatique aurait dépassé le devis convenu (ce que le client a allégué dans la procédure, le Tribunal fédéral se limitant à indiquer dans l'exposé des faits que le client avait résilié le contrat en raison d'un «important dépassement du budget initial») de sorte que le client aurait pu avoir eu le droit de résilier le contrat de développement de logiciel par application de l'art. 375 al. 1 CO. Sur cette base, le client n'aurait eu le droit de résilier l'accord de développement de logiciel qu'en application de l'art. 377 CO, ce qui aurait signifié que le client aurait dû indemniser «complètement» le fournisseur IT (conformément à la formulation de l'art. 377 CO in fine). Il n'y a cependant pas d'indication dans le dossier concernant le coût total de l'ouvrage concerné (c'est-à-dire du logiciel personnalisé) dans le cadre de l'accord de développement de logiciel. En comparaison, la clause de l'art. 6 des CG prévoyait le paiement d'une indemnité forfaitaire de résiliation de CHF 107'289.–, ce qui pourrait être inférieur à l'indemnisation complète qui aurait été due par le client en application de l'art. 377 CO. Il aurait ainsi été intéressant et même nécessaire de pouvoir comparer les conséquences financières résultant respectivement de l'application de la clause contractuelle litigieuse et de l'art. 377 CO afin de pouvoir déterminer si ladite clause «s'écarte notablement du régime légal».²⁰

Sur cette base, on peut douter que dans le cas d'espèce on puisse valablement conclure que la clause de l'art. 6 des CG s'écartait notablement du régime légal.

12 *Ibidem.*

13 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.6 et 3.7.

14 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 4.2.6.

15 *Ibidem.*

16 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 4.3.

17 Cf. le cas de la semaine n° 30/2023: un arrêt du Tribunal fédéral qui pourrait inspirer des plaideurs désireux de s'en prendre à certaines dispositions des conditions générales des banques sur iusNet Droit Bancaire <<https://droit-bancaire.iusnet.ch/node/4505>>, 29 novembre 2023.

18 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.9.

19 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.7.

20 *Ibidem.*

III. Les droits d'utilisation du client sur le logiciel personnalisé

Concernant la deuxième question soumise au Tribunal fédéral, ce dernier a jugé que le client n'avait pas le droit de continuer à utiliser la solution informatique, y compris le logiciel personnalisé, après la résiliation des contrats. En effet, le Tribunal fédéral a estimé que le client avait obtenu une simple licence d'utilisation du logiciel personnalisé, mais pas la titularité du droit d'auteur sur ce logiciel.

Il semble (sur la base des informations disponibles) que les parties n'avaient pas clairement réglé (ou même pas réglé du tout) la question de la titularité du droit d'auteur sur le logiciel personnalisé dans l'accord de développement de logiciels. Cela semble surprenant, car cette question est d'une importance fondamentale dans ce type de contrat. Si elle n'est pas traitée de manière adéquate dans le contrat, cette question peut entraîner des surprises désagréables pour les clients et, en fin de compte, des litiges. Dans cette affaire, le client, qui a commandé le développement du logiciel personnalisé, n'est pas devenu titulaire des droits d'auteur sur ce logiciel. La jurisprudence étrangère montre que c'est une thématique (malheureusement) fréquente.²¹

Le Tribunal fédéral semble suggérer que la règle par défaut dans les contrats de développement de logiciels est que le client n'obtient qu'un droit contractuel d'utiliser le logiciel (soit une licence) mais pas le transfert des droits d'auteur sur le logiciel lui-même. Le Tribunal fédéral expose en effet que «[l]orsque le fournisseur remet au client un logiciel spécifique, il faut adopter la prémisse qu'il lui confère une simple autorisation d'utiliser le produit sans lui transférer ses droits».²² Comme le précise ensuite notre Haute Cour, la question doit être analysée au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, y compris celles mentionnées par le Tribunal fédéral (à savoir si le logiciel personnalisé est un logiciel entièrement nouveau, s'il incorpore des secrets commerciaux du client, si le client a payé l'intégralité du coût du développement, etc.).

En tout état, un client qui ne détient qu'une licence reste dépendant de son donneur de licence (par exemple, en cas de faillite du donneur de licence), ce qui peut poser des questions délicates et nécessiter l'adoption de certaines mesures de protection.²³

En l'espèce, l'art. 11.2 du contrat de développement de logiciel litigieux mettait le client dans une position très vulnérable en cas de résiliation anticipée du contrat. Pour rappel, cette disposition prévoyait qu'«[e]n cas de non-paiement des Logiciels Spécifiques au terme prévu, ou²⁴ en cas de résiliation du présent contrat pour quelque raison que ce soit, LE CLIENT est tenu de retourner une copie des sources [...] à Z. SA, de détruire toutes reproductions, formes et parties des Logiciels Spécifiques en sa possession, et de notifier par écrit à Z. SA que ces opérations ont bien été accomplies.»²⁵

On notera dans ce contexte que, selon l'arrêt cantonal, cet art. 11.2 figurait dans les «conditions générales relatives au contrat de prestation de services informatiques»,²⁶ ce que ne mentionne pas le Tribunal fédéral. Or, si tel était

bien le cas, le Tribunal fédéral aurait pu examiner la nature potentiellement insolite de cette clause qui, contrairement aux deux clauses jugées insolites par le Tribunal fédéral (cf. ci-dessus II.), est spécifique aux contrats informatiques et particulièrement aux contrats de développement de logiciels (puisqu'elle traite de la restitution/destruction des logiciels) et est très risquée pour les clients de sorte que la question serait de déterminer si une telle clause conduit à un changement essentiel du caractère du contrat et peut donc être qualifiée d'insolite.

Dans la procédure, la société cliente a plaidé (sans succès)²⁷ que l'art. 11.2 restreignait indûment sa liberté économique et mettait en péril son existence même (art. 27 al. 2 du Code Civil), car cette clause l'obligeait à cesser d'utiliser un logiciel essentiel à son activité, même si la cliente en avait financé le développement (le montant payé pour le logiciel personnalisé au moment de la résiliation n'étant toutefois pas établi, le Tribunal fédéral évoque à ce propos que «l'on ignore tout de la/des rémunération (s) convenue (s)».²⁸

La lecture de l'art. 11.2 montre qu'il y a deux situations qui peuvent obliger le client à retourner le logiciel sur mesure au fournisseur de services informatiques et donc à cesser d'utiliser le logiciel sur mesure.²⁹ La première situation concerne le défaut de paiement du logiciel sur mesure au terme convenu. Cette situation pourrait être comprise comme signifiant, *a contrario*, que tant que le client est à jour dans ses paiements pour le logiciel sur mesure, il aura le droit de continuer à utiliser ledit logiciel. La deuxième situation concerne la résiliation de l'accord de développe-

21 Voir par exemple en droit anglais: T. J. McINTYRE, Copyright in custom code: Who owns commissioned software?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2007, 473 ss, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpm077>, qui évoque notamment l'affaire Infection Control Enterprises Limited v Virrage Industries Limited and Aidan Cartwright, [2009] EWHC 2602 (QB); voir également en droit français le très récent litige entre AG2L Développement et Colas & Colas Digital Solutions, Les droits du prestataire de maintenance évolutive et corrective sur ses développements, 28 septembre 2023, <https://www.legalis.net/actualite/les-droits-du-prestataire-de-maintenance-evolutive-et-corrective-sur-ses-developpements/>, ayant conduit à l'ordonnance de référé du 20 juillet 2023 rendue par le Tribunal judiciaire de Paris, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-judiciaire-de-paris-ordonnance-de-refere-du-20-juillet-2023/>, 29 novembre 2023.

22 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 4.2.4.

23 P. POSSA/M. GASSER, Was geschieht mit Software im Konkurs des Entwicklers oder Anbieters?, in *Justletter* 24 juin 2019.

24 On notera que l'arrêt cantonal (TC Fribourg du 11 juillet 2022, 102 2019 240), consid. 5.2), donne une autre formulation à cet art. 11.2 («et/ou» au lieu de «ou»): «l'art. 11.2 des conditions générales relatives au contrat de prestation de services informatiques (Cf. p. 6 du bordereau de la demande du 2 octobre 2019) prévoit expressément qu'en cas de non-paiement des logiciels spécifiques au terme prévu et/ou en cas de résiliation du contrat, comme en l'espèce, la défenderesse est tenue de retourner une copie des codes source à sa co-contractante, avant de détruire toute reproduction des logiciels spécifiques en sa possession» (italique ajoutée).

25 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. Aa.

26 TC Fribourg du 11 juillet 2022, 102 2019 240, consid. 5.2 (cf. extrait cité en n. 24 ci-dessus).

27 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 4.3.

28 *Ibidem*.

29 En se fondant ici sur le texte de l'art. 11.2 tel que présenté par le TF (voir texte en lien avec la n. 25 ci-dessus) et pas sur le texte tel que présenté dans l'arrêt cantonal (cité en n. 24 ci-dessus).

ment de logiciel «pour quelque raison que ce soit», qui est le scénario applicable en l'espèce.

Cette situation est assez sévère pour le client dans la mesure où elle l'empêche d'utiliser le logiciel personnalisé même s'il l'a payé et même si le client avait une raison valable de résilier l'accord de développement de logiciels (la justification de la résiliation reste pourtant incertaine en l'espèce). Cette solution contractuelle montre le risque auquel un client peut être exposé en cas de résiliation anticipée d'un accord de développement de logiciel si la résiliation anticipée de l'accord met fin au droit du client d'utiliser le logiciel personnalisé. Du point de vue du client, il aurait été utile de garantir le maintien du droit d'utilisation du logiciel personnalisé malgré la résiliation anticipée du contrat, à condition que le client soit à jour dans ses paiements.

Les parties peuvent d'ailleurs prévoir qu'en cas de résiliation anticipée, le logiciel personnalisé qui n'est pas encore entièrement développé peut être modifié et complété par (ou pour) le client (y compris le droit d'en créer des œuvres dérivées), sans risquer de violer les droits d'auteur appartenant au développeur de logiciels initialement mandaté. Cette question est parfois négligée dans les contrats de développement de logiciels qui ne règlent pas clairement le sort des droits d'auteur en cas de résiliation anticipée. Il est également concevable que les parties contractantes conviennent qu'une indemnité forfaitaire de résiliation anticipée (telle que l'indemnité forfaitaire de résiliation dans le cas d'espèce) comporte la rémunération pour le droit de continuer à utiliser le logiciel personnalisé par le client (ou même le transfert de la propriété des droits d'auteur sur le logiciel personnalisé, y compris le droit d'en créer des œuvres dérivées). Cette question peut également se poser au-delà des accords de développement de logiciels (y compris pour les contrats avec les architectes).³⁰

En tout état de cause, il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas saisi l'occasion de cette affaire pour clarifier la distinction qui doit être faite entre, d'une part, la propriété de l'exemplaire de l'œuvre – conçue comme l'ouvrage dû au client en vertu du contrat de développement de logi-

ciel – et, d'autre part, la propriété du droit d'auteur relative au logiciel développé (la même observation peut être faite concernant cet autre arrêt récent du Tribunal fédéral et le commentaire y relatif mentionnés précédemment).³¹

IV. Conclusions

Cet arrêt du Tribunal fédéral suscite un sentiment mixte. D'une part, il est très (trop) protecteur des intérêts du client, sous l'angle de la qualification retenue par le Tribunal fédéral de certaines clauses contractuelles (au demeurant non spécifiques à l'industrie IT) contenues dans les CG du fournisseur informatique comme étant insolites. D'autre part, l'arrêt protège par contraste fortement les intérêts du fournisseur IT en ce qui concerne la titularité du droit d'auteur sur le logiciel personnalisé (sur la base de l'application de l'article 11.2 de l'accord de développement de logiciel).

Quoi qu'il en soit, on ne peut qu'espérer que cette nouvelle affaire incitera les parties qui négocient des accords de développement de logiciels et plus généralement des contrats informatiques à faire preuve d'une diligence contractuelle encore plus accrue à l'avenir. En bref, ce qui «saute aux yeux»³² à la lecture de cet arrêt (pour reprendre la formule utilisée par le Tribunal fédéral à deux reprises dans l'arrêt), c'est que les contrats informatiques posent des questions délicates ce dont certaines sociétés clientes ne prennent souvent conscience que trop tard, soit lorsque les difficultés surgissent avec leurs fournisseurs de services informatiques. Dans ce contexte, on peut douter que la voie judiciaire soit la plus appropriée pour résoudre les litiges souvent complexes qui en résultent et qui s'inscrivent dans des interactions souvent durables (voire inextricables), au contraire de mécanismes alternatifs de résolution des litiges (en particulier la médiation) qui ont le potentiel de trouver des pistes et idéalement des issues plus favorables (et plus rapides) au litige (cf. les activités et services offerts en particulier par l'Institution for IT and Data Dispute Resolution – ITDR, www.itdr.ch).

30 Cf. TF du 20 juillet 2007, 4A_215/2007 pour un exemple de clause contractuelle.

31 Cf. n. 5.

32 TF du 11 juillet 2023, 4A_372/2022, consid. 3.5 et 3.5.1.

Résumé

L'arrêt «Logiciel informatique» offre l'occasion de s'interroger sur le besoin de protection de clients inexpérimentés en matière de projets et de contrats informatiques sous les deux angles traités dans l'arrêt: d'une part la protection contre des clauses jugées insolites figurant dans les conditions générales utilisées par le fournisseur de services informatiques et d'autre part la possibilité pour le client de continuer à utiliser après la résiliation du contrat le logiciel spécifique qui a été développé pour lui dans le cadre d'un contrat de développement de logiciel, ce qui dépend de la titularité du droit d'auteur sur le logiciel développé. Concernant tout d'abord les deux clauses qualifiées d'insolites par le Tribunal fédéral, on peut émettre certains doutes sur cette qualification dès lors que le déséquilibre subjectif d'expertise entre les parties contractantes (s'agissant d'un contrat B2B) n'était pas clairement établi et que leur caractère objectivement insolite n'a pas été pleinement démontré. Pour ce qui concerne ensuite la possibilité pour le client de continuer à utiliser après la résiliation du contrat le logiciel spécifique qui a été développé pour lui dans le cadre d'un contrat de développement de logiciel, force est de souligner l'importance de cette question et ainsi la nécessité pour les parties de la traiter dans le contrat concerné, afin d'éviter des litiges complexes et coûteux.

Zusammenfassung

Der Entscheid «Logiciel informatique» bietet Gelegenheit, sich zu fragen, ob Kunden ohne Erfahrung im Bereich von IT-Projekten und Informatikverträgen hinsichtlich der beiden in diesem Fall angesprochenen Gesichtspunkte geschützt werden müssen. Einerseits geht es um den Schutz vor als ungewöhnlich beurteilten Klauseln in den vom Anbieter von Informatikdienstleistungen verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und andererseits um die Möglichkeit zugunsten des Kunden, die im Rahmen eines Softwareentwicklungsvertrags speziell für ihn entwickelte Software auch nach der Kündigung des Vertrags weiter benutzen zu dürfen. Die Antwort auf die zweite Frage hängt davon ab, ob der Kunde Inhaber der Urheberrechte an der entwickelten Software geworden ist.

Die Beurteilung des Bundesgerichts, wonach die beiden Klauseln ungewöhnlich sein sollen, kann in Zweifel gezogen werden, weil das subjektive Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien hinsichtlich ihres Fachwissens (es handelt sich um einen B2B-Vertrag) nicht klar festgestellt und die objektive Ungewöhnlichkeit der Klauseln nicht vollumfänglich nachgewiesen wurde. Mit Bezug auf die Frage, ob der Kunde die im Rahmen eines Softwareentwicklungsvertrags für ihn speziell entwickelte Software auch nach der Kündigung des Vertrags weiter benutzen darf, ist die Wichtigkeit dieses Themas zu betonen, weshalb es von den Parteien im betreffenden Vertrag geregelt werden muss, um komplexe und kostspielige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.