

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats informatiques

Robert, Romain; Triaille, Jean-Paul

Published in:

Traité pratique de droit commercial

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Robert, R & Triaille, J-P 2009, Les contrats informatiques. dans *Traité pratique de droit commercial: Tome 1 : principes et contrats fondamentaux*. Kluwer, Mechelen, pp. 1077-1157.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Titre VII

Les contrats informatiques

par Jean-Paul TRIAILLE

Avocat (De Wolf & Partners)

Maître de conférences aux FUNDP

et Romain ROBERT

Avocat (De Wolf & Partners)

Chercheur au CRID (Centre de Recherches Informatique et Droit)

INTRODUCTION

CHAPITRE I	LA NÉGOCIATION DES CONTRATS INFORMATIQUES	
Section 1	Rappel du droit commun : l'obligation de bonne foi	1349
Section 2	La chronologie de la négociation du projet	1349
Section 3	La conclusion de conventions précontractuelles	1350
	§ 1. LA LETTRE D'INTENTION	1350
	§ 2. LA CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ	1351
Section 4	Le sort des documents précontractuels	1353
CHAPITRE II	LES OBLIGATIONS PRINCIPALES DES PARTIES	
Section 1	Les obligations du fournisseur	1355
	§ 1. L'OBLIGATION D'INFORMATION	1355
	§ 2. L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE	1357
	A. La délivrance et l'installation	1358
	B. Obligation de livrer un logiciel ou du matériel conforme	1361
	C. Obligation de délivrer à temps	1362
	D. Réception	1363
	§ 3. L'OBLIGATION DE GARANTIE	1364
	A. Le régime de la garantie légale	1364
	B. La garantie conventionnelle	1367
Section 2	Les obligations du client	1369
	§ 1. OBLIGATION DE COLLABORER	1369
	§ 2. OBLIGATION DE RÉCEPTION	1371
	A. Importance de la réception	1371
	B. Les modalités de réception	1372
	C. La procédure de réception et le refus de réception	1376
	§ 3. OBLIGATION DE PAYER LE PRIX	1379
CHAPITRE III	CLAUSES FRÉQUENTES DANS LES CONTRATS INFORMATIQUES	
Section 1	La pluralité des parties ou des contrats	1381
Section 2	Les clauses relatives à la responsabilité	1384
	§ 1. DIFFÉRENTES CLAUSES DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ	1384
	A. Les clauses qui redéfinissent le contenu d'une obligation à la baisse	1384
	B. Les clauses qui conditionnent l'existence de la responsabilité	1385

	C. La clause de force majeure élargie	1386
	D. Les clauses portant sur les conséquences de la responsabilité	1387
	§ 2. LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ	1388
	A. L'ordre public et les dispositions impératives	1388
	B. Le dol et la faute lourde	1389
	C. La clause vidant le contrat de son contenu ..	1390
	D. Le régime des clauses abusives	1392
Section 3	Obligation de moyen et obligation de résultat	1393
Section 4	Respect des délais et pénalités	1395
Section 5	Niveaux de service et qualité des performances	1398
Section 6	Les clauses de confidentialité	1400
Section 7	Les clauses relatives au traitement de données à caractère personnel	1405
Section 8	Gestion du contrat	1410
Section 9	Durée du contrat et résiliation	1412
	§ 1. LA DURÉE DU CONTRAT	1412
	§ 2. EFFETS DE LA RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT	1414
Section 10	Gestion des différends et sanction de la faute contractuelle	1415
	§ 1. GESTION DES DIFFÉRENDS	1415
	§ 2. LA SANCTION DE LA FAUTE CONTRACTUELLE ...	1417
Section 11	Clause de benchmark	1420
Section 12	Clause d'audit	1423
Section 13	Clauses relatives aux droits intellectuels	1425
Section 14	Clauses d'une licence de droits intellectuels	1430
Section 15	Clause de réversibilité	1433
Section 16	Autres clauses fréquentes	1435
	§ 1. CLAUSE DE NON-DÉBAUCHAGE	1435
	§ 2. CLAUSE DE NON-CONCURRENCE	1437
	§ 3. CLAUSE DE PUBLICITÉ	1438
CHAPITRE IV	QUELQUES CONTRATS FRÉQUENTS	
Section 1	Contrat de développement de logiciel sur mesure	1439
	§ 1. OBJET ET NOTION	1439
	§ 2. QUALIFICATION JURIDIQUE	1441
	§ 3. LES OBLIGATIONS DES PARTIES	1442
	§ 4. CLAUSES ET OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES	1443
	A. La titularité des droits de propriété intellectuelle	1443

	B. La communication et le sort des codes-sources	1445
	C. La réception et la documentation	1446
Section 2	Le contrat de maintenance	1448
	§ 1. MAINTENANCE DU MATÉRIEL	1450
	§ 2. MAINTENANCE DU LOGICIEL	1451
	A. La maintenance corrective	1451
	B. La maintenance-adaptation	1454
	C. La maintenance-évolution	1455
	§ 3. LES MODALITÉS DE LA MAINTENANCE	1457
	A. L'autonomie du contrat de maintenance	1457
	B. La durée du contrat de maintenance	1459
	C. Les conditions des prestations de maintenance	1461
	D. Le prix de la maintenance	1463
Section 3	Le contrat d'outsourcing	1465
	§ 1. INTRODUCTION	1465
	§ 2. LES OBJECTIFS ET LES RISQUES PRINCIPAUX D'UN PROJET D'OUTSOURCING	1467
	A. Comment atteindre les objectifs à travers le contrat ?	1468
	B. Comment diminuer les risques à travers le contrat ?	1471
	C. Autres points à aborder	1475
Section 4	Le contrat de développement d'un site web	1477
	§ 1. INTRODUCTION	1477
	§ 2. DESCRIPTION DES CLAUSES LES PLUS IMPORTANTES	1478
	A. Missions du fournisseur de services	1478
	B. Livraison et calendrier	1479
	C. Droits intellectuels	1480
	D. Poursuite du projet en interne ou appel à un autre fournisseur	1480
	E. Garanties	1481
	F. Dispositions diverses	1482
Section 5	Les logiciels « libres » ou « open source »	1483
	§ 1. LES CARACTÉRISTIQUES DU LOGICIEL LIBRE ET LE « COPYLEFT »	1484
	§ 2. LES CONSÉQUENCES DE L'UTILISATION DE LOGICIELS SOUS LICENCE « COPYLEFT »	1486
	§ 3. EXEMPLES, CONSEILS PRATIQUES ET DUE DILIGENCE	1487
	§ 4. REMARQUES FINALES SUR LES LOGICIELS LIBRES	1488

BIBLIOGRAPHIE

Introduction

La présente contribution se propose d'aborder la matière des contrats informatiques en suivant le plan ci-après : nous commencerons par la phase de la **négociation** (Chapitre I), ce qui permettra de rappeler le principe de la bonne foi et ses applications, la chronologie de la négociation d'un projet et l'utilité de certains documents précontractuels (à savoir la convention de confidentialité et la lettre d'intention), avant d'en terminer par le sort réservé aux documents précontractuels.

Nous décrivons ensuite les **obligations principales du fournisseur** (Chapitre II), à savoir essentiellement les obligations d'information, de délivrance et conformité et de garantie, et les **obligations du client**, à savoir les obligations de collaboration, de réception et de paiement. Nous verrons comment ces obligations, courantes dans de nombreux contrats, prennent forme dans le contexte des contrats informatiques.

Nous passerons ensuite en revue une série de **clauses fréquentes dans les contrats informatiques** (Chapitre III). Sans les énumérer toutes ici, la contribution examinera les clauses relatives à la responsabilité, aux niveaux de services, à la durée du contrat, aux droits intellectuels, les clauses de *benchmarking*, d'audit, etc.

Enfin, nous commenterons plus spécifiquement quatre grandes figures de contrats informatiques (Chapitre IV), à savoir le **contrat de développement de logiciel sur mesure**, le **contrat de maintenance**, le **contrat d'outsourcing** et le **contrat de création d'un site Web**, pour terminer par un exposé descriptif relatif aux logiciels « *open source* ».

La présente contribution n'abordera pas les questions que l'informatique entraîne dans le domaine du droit de la preuve¹, les questions spécifiques au droit du commerce électronique ou la conclusion de contrats par voie électronique², les questions de droit international privé qui peuvent se poser dans les contrats informatiques ni les questions relatives aux assurances dans les projets informatiques.

1. A ce sujet, cf. la contribution de D. MOUGENOT dans le présent ouvrage, n° 174 et s. ; T. MEESE et J. VANDENDRIESSCHE, "Belgium" in S. MASON, *The Admissibility and Disclosure of Electronic Evidence*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2008, 65-103.

2. Sur ces sujets, cf. notamment T. DE COSTER, M. DEMOULIN, H. JACQUEMIN, E. MONTERO, M. VANDERCAMMEN et T. VERBIEST, *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, Bruylant, 2007 ; M. DEMOULIN, D. GOBERT, E. MONTERO, *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, Bruylant, 2003.

Chapitre I

La négociation des contrats informatiques

Section 1

Rappel du droit commun : l'obligation de bonne foi

On insiste généralement sur le rôle de la bonne foi dans la négociation précontractuelle¹, au point qu'on en oublierait presque que le premier principe est et reste évidemment celui de la liberté contractuelle, de la liberté de conclure ou non un contrat à l'issue des négociations. La bonne foi ne vient que tempérer cette liberté, et c'est parce que les parties à la négociation ont cette liberté qu'il faut la cadrer par l'obligation de bonne foi. On expliquera également *infra* que les parties vont souvent elles-mêmes contractuellement encadrer leur négociation, par la signature d'une lettre d'intention, d'une convention de confidentialité, d'un « memorandum of understanding », etc.

Il existe certes des controverses sur l'origine de cette obligation de bonne foi : certains en trouvent le fondement dans l'article 1134, alinéa 3, qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et que cet article s'applique également à la phase précontractuelle², d'autres font de l'exécution de bonne foi des obligations un principe général de droit qui dépasse en tant que tel le champ de l'article 1134³, d'autres enfin préfèrent raisonner sur la base de l'article 1382 du Code civil et de la responsabilité délictuelle en général. Les parties sont tenues, durant toute la négociation du contrat (ou, avant même le contrat, du projet) à une obligation de loyauté, de correction dans la négociation ; il en découle aussi des obligations de collaboration ainsi que, dans le chef du fournisseur, un devoir d'information et de conseil⁴. Et dans la matière des contrats informatiques, il n'est pas rare que les négociations durent de nombreux mois.

1. Voir ce tome, n° 324.

2. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 497 et s.; J.L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 289 et s.

3. P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987-1988, p. 105 et s. Sur cette controverse, cf. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, 2005, p. 57 et les références citées. Cf. également X. DIEUX et J. VAN RIJN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 289 ; L. CORNELIS, « La responsabilité contractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990/6, p. 391.

4. Cf. *infra* n° 1355 sur les obligations d'information et de conseil du fournisseur.

1349. En pratique, quel que soit le fondement de cette obligation, la doctrine converge quant aux conséquences pratiques de son application sur le comportement des parties dans la phase précontractuelle :

- ainsi, une rupture des négociations en cours de pourparlers pourra, à certaines conditions et d'autant plus si elle est tardive, entraîner la responsabilité de la partie qui prend l'initiative de la rupture ; le fait de laisser le partenaire dans l'illusion que le contrat sera conclu alors qu'on sait qu'on ne va pas signer le contrat est fautif¹ ; le fait pour un fournisseur de subitement retirer une offre sans raison déterminante peut aussi engager sa responsabilité ;
- on a parfois soutenu que le client doit être clair quant à ses objectifs et ses moyens financiers tandis que le fournisseur doit proposer les solutions les plus appropriées à ces objectifs et moyens du client². Le non-respect des obligations d'information du fournisseur dans la phase précontractuelle peut entraîner ultérieurement, après signature, une remise en cause du contrat³. Cette obligation de bonne foi sera, dans le chef du fournisseur, d'autant plus grande si le client n'est pas spécialiste de la matière.

1. Pour des applications dans les contrats informatiques, cf. Comm. Liège, 20 décembre 1984, *J.L.*, 1985, p. 149 ; Liège, 19 novembre 1996, *D.I.T.*, n° 96/4, p. 41, note D. GOBERT. Un client peut ainsi être tenté de simuler une volonté de conclure un contrat pour obtenir, dans le cadre d'un autre contrat ou d'une autre négociation, des concessions complémentaires. Pour divers exemples en France, cf. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Collection Lamy Droit de l'immatériel, Lamy, 2008, n° 836 et s. Reste que les cas sont rares où les tribunaux vont sanctionner une rupture de pourparlers et la tenir pour abusive : « Les chances de succès au contentieux dans cette matière ne sont pas très fortes » (*Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 839). Sur l'application dans le secteur technologique, cf. O. ITEANU, « La rupture abusive de pourparlers portant sur la technologie », *Journal du Net*, 12 septembre 2001.

2. Gand, 4 juin 1986, *Computerr.*, 1986, p. 265, note K. VAN HORCKE ; *Dr. inform.*, 2987/1, p. 58. Cette obligation ne va toutefois pas jusqu'à une obligation pour le fournisseur de donner au client toutes informations sur les qualités et défauts des solutions concurrentes ; cf. Cass. fr., 12 novembre 1992, *Lamy Droit de l'informatique*, Mise à jour n° 43, décembre 1992, p. 5.

3. Cf. *infra* n° 1355 sur les obligations d'information du fournisseur. Dans le domaine des contrats informatiques, il arrive fréquemment qu'un fournisseur soit chargé, avant que le client ne fasse le choix d'une solution, d'étudier les différentes options et de faire des recommandations : dans ce cas, l'obligation d'information du fournisseur s'en trouve naturellement renforcée et sa responsabilité en cas d'échec d'autant plus grande (sous réserve des dispositions du contrat qui auront modalisé ses obligations et sa responsabilité).

Section 2 La chronologie de la négociation du projet

Quand un contrat a pour objet la réalisation d'un projet informatique d'une certaine ampleur, sa négociation suivra normalement une certaine **chronologie**¹. C'est au cours de ces étapes que le client définira ses besoins, que le fournisseur proposera les solutions ; les obligations respectives d'information du client et du fournisseur s'y concrétisent, et le suivi de ces étapes facilite, en systématisant et formalisant les processus, l'accomplissement par chacune des parties de leurs devoirs d'information.

Aux cours des phases successives, le client définira ses besoins et le fournisseur proposera une solution. S'il y a plusieurs fournisseurs, le client sera ensuite amené à faire son choix. Le client, après avoir analysé ses besoins (ce qui fait parfois l'objet d'un contrat d'étude conclu avec un consultant externe), rédigera généralement, et si nécessaire avec l'aide d'un spécialiste tiers, un **cahier des charges**². Sur cette base, le fournisseur fera une proposition technique et financière. C'est sur la base du cahier des charges et de la proposition du fournisseur que le contrat sera alors négocié³. Au cours de ces différentes phases, les obligations de bonne foi sont d'application ; elles peuvent impliquer que le client soit transparent par exemple sur l'existence ou non de plusieurs candidats fournisseurs⁴.

1. L'absence de gestion de cette chronologie et d'une bonne gestion de la phase de préparation est souvent décrite comme l'une des causes importantes d'échec des projets informatiques. Les techniques et méthodes de gestion de projet ont été lancées dans les années 60 aux Etats-Unis sous l'égide du Project Management Institute. Cette institution est active en Belgique, cf. www.pmi-belgium.be. Cf. sur cette chronologie, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 827 et s. Sur l'importance, dans le contrat-même, de mécanismes et de procédures de gestion du contrat et du projet, cf. n° 1410 et s.
2. Selon les cas, quand un cahier de charges n'a pas été réalisé et qu'un projet se déroule mal, la jurisprudence le reproche tantôt au client tantôt au fournisseur. Cf. pour des décisions dans les deux sens, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 829. Quand le client souhaite recevoir plusieurs offres et consulter les principaux fournisseurs potentiels sur le marché, il rédigera ce qu'on appelle une « request for proposal » (RFP, dans le jargon), qui organise une procédure d'appel d'offres privée. Il arrive aussi qu'avant de rédiger un RFP, il souhaite d'abord obtenir des fournisseurs des informations plus générales sur les solutions possibles à ses projets, sur les conditions financières du fournisseur, ses produits, etc. ; il enverra alors à ceux-ci une « request for information » (RFI, dans le jargon). Quand la demande vise à obtenir essentiellement une offre financière sur une solution déjà prédéfinie, afin de mettre les fournisseurs en concurrence, on parlera alors d'une « request for quotation » (RFQ). Voir notamment les définitions de ces notions sur Wikipedia.
3. Sur le sort des documents précontractuels dans le contrat, cf. n° 1353 et s., Dans certains cas, par exemple pour les contrats de développement de logiciel, il faudra ensuite passer à la phase de description fonctionnelle et de description détaillée des « spécifications » du logiciel à développer, document établi par le fournisseur et ensuite validé par le client. En général, cela fera partie des premières missions du fournisseur après la signature du contrat.
4. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 833.

Quand le client et le projet relèvent du champ d'application des règles sur les **marchés publics**, il y aura lieu d'organiser suivant ces règles le processus de sélection et de négociation des offres¹.

Section 3 La conclusion de conventions précontractuelles

On abordera ici deux types d'accord qu'on rencontre souvent dans le secteur informatique : la lettre d'intention et la convention de confidentialité.

§ 1. LA LETTRE D'INTENTION

1350. La **lettre d'intention** (qu'on appelle aussi souvent « *letter of intent* », LOI, ou « *memorandum of understanding* », MoU, dans le jargon habituel) encadre de quelques principes les discussions précontractuelles et peut avoir plusieurs objectifs : rappeler que seule une signature du contrat par les personnes habilitées à engager les deux parties entraînera la conclusion du contrat², préciser si les discussions sont exclusives ou non (et si oui, si cette exclusivité est bilatérale ou non), convenir de la prise en charge éventuelle des frais liés à la négociation (par exemple, des tests effectués, des démonstrations, etc.), parfois y affirmer la volonté des parties d'aboutir à une conclusion, voire la décision du client de conclure le contrat à la seule condition que certaines questions encore en discussion soient tranchées³, fixer une durée aux négociations, rappeler les obligations de confidentialité des parties (quant aux informations échangées⁴ ou quant à l'existence même des négoc-

1. E. MONTERO, *Les marchés publics d'acquisition de logiciels: guide juridique d'aide à la rédaction des cahiers des charges*, Les Cahiers du CRID, Bruylant, 1990 ; D. DE ROY, « Les marchés publics informatiques », *Droit de l'informatique et des technologies de l'information, Chronique de jurisprudence 1995-2001*, Larcier, 2003.
2. On voit dans la pratique des cas où, à un moment donné des discussions, les interlocuteurs chargés de négocier semblent tomber d'accord sur un texte, ou dans lesquels le client (ou l'un de ses représentants non autorisés) annonce au fournisseur que son offre a été retenue. Se pose alors la question de savoir si un contrat a été conclu, ce qui suppose que les interlocuteurs avaient le pouvoir d'engager les parties (sans préjudice de l'application éventuelle de la théorie du mandat apparent). C'est notamment pour éviter ces complications que des lettres d'intention sont souvent signées. Pour rappel, dès l'instant où un accord existe sur les éléments essentiels du contrat, et rencontre de volontés sur une proposition, le contrat est en principe réputé formé même en l'absence d'un contrat formel et signé entre les parties.
3. Sur le plan comptable, pour le fournisseur, il arrive que la signature d'une lettre d'intention par le client, si elle est suffisamment contraignante, présente un certain intérêt en termes de présentation de ses chiffres.
4. Sur cette question, cf. n° 1351 au sujet des conventions de confidentialité.

sations entre elles), parfois acter l'existence d'un accord d'ores et déjà acquis sur une série de principes de base du futur contrat, préciser une durée de validité de l'offre (si une offre ferme a été faite)¹.

Il arrive aussi qu'on y prévoie que le fournisseur pourra entamer et facturer certains travaux (analyse préalable, installation de câbles, etc.) mais sans que cela engage le client à conclure le contrat futur. Il peut arriver que la lettre d'intention émane du client seul (d'où d'ailleurs, à l'origine, son appellation en tant que « lettre ») ; il est plus fréquent qu'elle prenne la forme d'un document contractuel signé par les deux parties (et qu'elle ait un caractère synallagmatique).

§ 2. LA CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ

1351. Un risque lié à la négociation, surtout si celle-ci n'aboutit pas à un accord, est que des informations confidentielles échangées entre les parties au cours des négociations soient réutilisées en dehors du contexte dans lequel elles furent communiquées. Certes, la bonne foi qui doit présider aux négociations implique que chacun préserve la confidentialité desdites informations. Mais une sécurité plus grande sera obtenue via la signature d'une **convention de confidentialité** (« *non disclosure agreement* », **NDA** dans le jargon usuel)².

1352. Selon les cas, la convention sera unilatérale ou réciproque. La convention devra décrire avec suffisamment de précision les informations visées (et celles qui ne le sont pas), la durée des obligations³, les engagements des parties (de moyen ou de résultat), prévoir éventuellement des clauses pénales en cas de violation, les personnes pour lesquelles les parties se portent fort (non seulement les employés mais aussi les conseillers ou consultants externes), régler le sort des informations et documents en cas d'échec des négociations (à restituer, ou à détruire)⁴.

Le rôle de ces conventions de confidentialité est toutefois essentiellement préventif et il s'avère souvent difficile, en cas de violation, de prouver la violation et surtout (sauf clause pénale) de quantifier le dommage.

1. Reste que, sauf clause contraire dans la lettre d'intention, les parties restent libres de conclure ou non et que le fait de ne pas conclure n'est pas en soi fautif. Pour une application au sujet d'un site Web, cf. Paris, 7 novembre 2002, *Expertises*, 2003, n° 269, p. 153.

2. Souvent, les engagements de confidentialité seront une partie de la lettre d'intention.

3. Contrairement à ce qui est souvent entendu dans les négociations, rien n'empêche juridiquement de prévoir que les obligations subsisteront aussi longtemps que les informations visées garderont un caractère confidentiel. Elles s'analysent alors juridiquement comme des obligations assorties d'un terme. Il n'est donc pas juridiquement obligatoire de prévoir d'avance une durée précise et préfixe.

4. Pour un exemple de convention de confidentialité, cf. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 3864.

Section 4

Le sort des documents précontractuels

1353. La question peut se poser, en cas de difficulté d'interprétation d'un contrat, de savoir si les documents précontractuels (les versions successives de l'offre, du projet de contrat, les minutes des réunions de négociation, les e-mails échangés, etc.) font partie ou non de l'accord.

1354. Parfois, l'une des parties (souvent, le fournisseur) souhaitera une **clause** (dite « **des quatre coins** ») ayant pour effet de limiter les engagements contractuels aux seuls engagements prévus dans le contrat finalement signé, sans recours possible aux documents précontractuels pour l'interpréter. Une telle clause est valable mais ne pourrait avoir pour objectif ou pour effet de couvrir le dol du fournisseur¹. Par ailleurs, certains auteurs doutent de sa réelle efficacité, dans la mesure où, face à une difficulté d'interprétation, on peut difficilement imaginer que le magistrat se refuse à donner le moindre poids à des documents qui ont été exclus du champ du contrat mais qui éclairent la question litigieuse².

Cette clause n'empêche évidemment pas d'annexer au contrat certains documents précontractuels (comme le RFP ou l'offre du fournisseur), mais dans pareil cas les autres documents précontractuels (par exemple, les e-mails et correspondances échangés en cours de discussion) resteront exclus du domaine contractuel. Et la question qui se posera alors et qu'il sera préférable de trancher par une disposition du contrat sera de savoir, en cas de contradiction entre une clause du contrat et une disposition d'une des annexes, laquelle aura priorité sur l'autre.

Si les discussions et les échanges de documents se sont faits via les conseils respectifs des parties, la question ne se pose normalement pas : vu les règles déontologiques applicables aux avocats, les documents échangés sont, sauf convention contraire, confidentiels en ce sens qu'ils ne peuvent être invoqués dans le cadre d'un litige.

1. Sur cette notion, cf. n° 291 et s.

2. En ce sens, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., p. 68.

Chapitre II

Les obligations principales des parties

On décrira dans cette partie les obligations principales du fournisseur d'une part, du client d'autre part.

Section 1

Les obligations du fournisseur

§ 1. L'OBLIGATION D'INFORMATION

Parmi les obligations incombant aux fournisseurs informatiques, on en mentionne souvent trois principales : l'**obligation d'information**, l'**obligation de délivrance** et l'**obligation de garantie des vices cachés**.

1355. L'obligation d'information du fournisseur professionnel est souvent présentée à côté de trois autres obligations finalement assez similaires : les **obligations de renseignement, de conseil et de mise en garde**.¹

L'**obligation de renseignement** oblige celle des deux parties qui est la mieux informée à informer l'autre de tout fait ou élément dont l'importance est déterminante.² Cette obligation de renseignement découle du principe de bonne foi entre les parties et est étroitement liée à l'inégalité préexistante entre les parties.

Le fournisseur devra informer objectivement son client des caractéristiques, conditions d'utilisation, performances et contraintes du système en fonction des besoins exprimés ou non, des attentes et ressources financières de son client.³ On parlera d'**obligation de conseil**.

1356. Le corollaire de l'obligation de renseignement est l'**obligation de s'informer**, c'est-à-dire de récolter les informations pertinentes auprès de son client, et de s'assurer que les attentes du client sont bien comprises et formulées.⁴ Cela n'empê-

1. Voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 858.

2. Voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 17.

3. Voir Comm. Charleroi, 18 décembre 1981, *J.T.*, 1983, p. 285 et note Y. POULLET et P. ULLMAN, cité par E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 17.

4. Voir Liège, 19 février 2002, *Entr. Dr.*, n° 2003, p. 133 ; Bruxelles, 11 décembre 2007, *inédit*, 2007/AR/2207, cité par H. JACQUEMIN, « Contrats informatiques » in « Chroniques de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, 2009, n°35, p. 32.

chera pas l'utilisateur de devoir collaborer à cette opération et de devoir donner à son fournisseur les indications nécessaires. L'obligation de se renseigner qui incombe au fournisseur est donc en quelque sorte contrebalancée par ce **devoir de collaboration** de la part du client.¹ L'obligation de conseil du fournisseur a donc tendance à diminuer en fonction du niveau de connaissances en informatique du client.² Elle pourra éventuellement varier en fonction du logiciel livré : ainsi, a été jugé qu'en présence d'un logiciel standard, il n'incombait pas au fournisseur d'analyser l'environnement de l'acheteur.³

Parfois, le contrat peut prévoir une **clause dite de parfaite information**, qui stipulera que le client reconnaît avoir été informé des éléments essentiels du projet informatique. Cette clause permettra au fournisseur de renverser la présomption d'information qui pèse sur lui.⁴

§ 2. L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

1357. Le fournisseur informatique est également tenu de livrer le logiciel ou la solution informatique commandée.

En vertu de cette obligation, le fournisseur devra livrer non seulement un logiciel ou le matériel informatique conforme à ce qui était spécifié, mais également le livrer dans les délais prévus.

A. La délivrance et l'installation

1358. L'obligation de délivrance s'accompagne le plus souvent d'une **obligation d'installation et de mise en route du système**. Cette obligation peut découler du contrat ou de l'exécution de bonne foi de l'obligation principale.

La Cour d'appel de Liège a ainsi décidé « *qu'en matière informatique, l'obligation de délivrance ne se limite pas à la livraison du matériel informatique mais comporte également l'installation de ce matériel, c'est-à-dire la mise en route nécessaire pour rendre le système informatique vendu opérationnel* ». ⁵

1. Bruxelles, 19 avril 1985, *Computerr.*, 1985, p. 44 ; *J.T.*, 1986, p. 162.

2. CA Paris, 5^e Ch. sect. C, 8 mars 1985 (Sté SOCOSI c. Sté COMPAGNIE IBM FRANCE, *Juris-Data*, n° 20837 ; voir également *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 858 et s. ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 19 et références citées.

3. Comm. Tournai, 23 juin 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 286, note.

4. Voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 20.

5. Liège, 7^e ch., 11 février 1983, *D.I.T.*, 1993/4, p. 54, note de E. MONTERO ; dans le même sens : C.S.J. Luxembourg, 5 février 2003, *D.A. O.R.*, 2003/67, p. 47, note H. JACQUEMIN.

Il sera utile de préciser dans le contrat quelles seront les modalités de la livraison et de l'installation (préciser par exemple quels sont les accessoires qui devront être livrés). A cet égard, la jurisprudence estime que la documentation relative au logiciel devra être livrée, au titre d'accessoire. Il a été également jugé que la non-livraison d'un accessoire ayant une influence déterminante sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble de l'équipement constitue un manquement grave susceptible de justifier la résolution du contrat aux torts du vendeur.¹

1359. Quant à l'**obligation de communiquer les codes sources**, cette question fait l'objet de réponses différentes selon le type de logiciel qui sera fourni. Dans le cas d'un logiciel sur mesure, à défaut de clause contraire, il est estimé que la communication des sources sera due d'office.² Ces situations se présentent le plus souvent lorsque le fournisseur a cédé ses droits sur le logiciel. Si le fournisseur ne souhaite pas que ses sources soient communiquées au client, il conviendra donc qu'il le stipule dans le contrat.

1360. Dans le cas de logiciels standards, on considère le plus souvent qu'il relève de l'économie générale du contrat que le fournisseur ne communique pas les codes-sources. La réponse à la question est plus problématique dans le cas de situations intermédiaires, qui sont nombreuses. Ainsi, si le logiciel est composé de modules qui appartiennent au fournisseur et d'autres dont les droits sont détenus par des tiers, la communication des codes sources ne devrait pouvoir s'envisager que pour la partie développée par le fournisseur.³

Notons également que le client pourra bénéficier des exceptions de la loi du 30 juin 1994 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur qui instaure un équilibre entre l'auteur et l'utilisateur concernant leurs droits respectifs sur le logiciel. Dans certaines hypothèses définies par la loi, l'utilisateur aura en effet le droit de « décompiler » le code informatique.⁴

B. Obligation de livrer un logiciel ou du matériel conforme

1361. Le fournisseur doit livrer une chose conforme au client. Cela implique évidemment que ce qui lui est livré doit correspondre aux stipulations contractuelles.⁵ Il s'agira donc d'établir un cahier des charges qui soit le plus précis possible pour

1. Comm. Bruxelles, 29 janvier 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281.
2. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 60 et s.
3. A ce sujet, voir Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications, pratique contractuelle*, Paris, Lamy, 2008, *op. cit.*, n° 868.
4. Pour plus d'informations à ce sujet, voir A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, *op. cit.*, p. 181 et s. La décompilation est l'opération qui permet, au départ du code-objet, d'avoir accès aux codes sources.
5. Liège, 24 juin 1999, *R.D.C.*, 2001, p. 525.

permettre d'apprécier la conformité de la chose livrée avec ce qu'il avait été convenu de fournir.¹

En outre, il conviendra également que la solution livrée présente une **conformité fonctionnelle**, c'est-à-dire qu'elle doit permettre que « l'utilisateur puisse se servir efficacement et normalement de l'objet livré, compte tenu de sa nature et de sa destination ».²

L'établissement d'une description technique des services et produits à livrer permettra de vérifier en partie si la chose livrée est conforme. On conseillera d'y ajouter une description fonctionnelle de la chose à livrer, qui précisera les différentes fonctions que le client est en droit d'attendre de la solution qui lui sera livrée. Cette double description de la chose à livrer permettra le plus souvent d'éviter que le logiciel qui répond aux spécifications techniques ne permette toutefois pas un usage optimal des ressources qu'il était censé offrir.

C. Obligation de délivrer à temps

1362. Le respect des délais dans le cadre de livraisons informatiques est un réel problème dès lors que peu de délais sont respectés, surtout lors de grands projets informatiques. Dès lors, stipuler clairement si les délais sont fermes ou susceptibles d'extension, et sous quelles modalités, permettra le plus souvent d'éviter toute discussion sur le respect des délais.

La plupart des fournisseurs préfèrent qualifier un calendrier d'estimatif, afin de ne pas risquer de commettre une faute contractuelle en cas de dépassement desdits délais. Le juge sera dans ce cas naturellement plus souple en cas d'écart avec les délais initialement stipulés.³

Une solution pratique consiste parfois à instaurer un système de bonus-malus qui récompense la rapidité du fournisseur ou pénalise son retard, en proportion avec les enjeux financiers du projet et avec le retard ou l'avance qu'a pris le fournisseur. Il s'agira toutefois que ce système n'incite pas le fournisseur à livrer à tout prix une solution bâclée.

1. *Le droit des contrats informatiques*, Précis de la faculté de droit de Namur, CRID, 1983, Namur, p. 150 et s.
2. Voir Civ. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 507 et note B. LEJEUNE ; pour de plus amples développements, voir E. DAVID et E. MONTERO, « Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Titre III, livre 37, p. 36. L'article 1649ter, § 1^{er}, alinéa 3^o du Code civil, applicable aux ventes de biens de consommation par un vendeur à un consommateur, renvoie à cette notion de conformité fonctionnelle.
3. Voir par exemple Paris, 22 janvier 1981, *Expertises*, 1981, n° 89-15.937.

D. Réception

1363. L'appréciation de la conformité s'effectue pour la première fois au moment de la livraison. C'est le plus souvent par un mécanisme de réception que la conformité de la chose livrée (le logiciel ou le matériel) sera testée puis acceptée.

La réception pourra être unique ou à double détente. Dans ce dernier cas, le client réceptionnera d'abord la chose livrée de manière **provisoire**, pour pouvoir tester celle-ci et relever les éventuels défauts qu'elle présenterait. Il procédera ensuite à la **réception définitive**.

La réception est importante puisqu'en définitive le client sera censé avoir donné son accord sur la conformité de la chose vendue et renoncer à tout recours à cet égard.¹

Nous verrons plus loin quelles sont les modalités de réception qui peuvent s'offrir au client pour lui garantir d'accepter une chose conforme.

§ 3. L'OBLIGATION DE GARANTIE

A. Le régime de la garantie légale

1364. Outre les obligations de livrer et d'information, le fournisseur est également tenu de **garantir la chose livrée**. Cette obligation de garantie légale peut être complétée ou modalisée par une garantie conventionnelle².

Cette obligation découle des articles 1641 et suivants du Code civil si la qualification de vente peut être retenue. En vertu de l'article 1721 du Code civil, il en sera de même si le contrat est qualifié de louage d'ouvrage.³

La garantie contre les vices cachés est également d'application en matière informatique.⁴ Cette garantie devra donc idéalement couvrir les erreurs de conception

1. A ce sujet, voir notamment D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002/11, pp. 9-32. Voir également Comm. Courtrai, 23 juin 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 286, qui considère que l'acceptation d'un logiciel couvre le défaut apparent de son incompatibilité.
2. Pour d'autres développements, voir ce tome, La vente, n° 458 et s.
3. Voir Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125 ; voir aussi les références citées dans E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., n° 46.
4. P. LETOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 121 et s ; E. MONTERO, « Conformité et garantie contre les vices cachés dans la vente de produits informatiques », note sous Liège, 8 mai 1992, *R.R.D.*, 1994, p. 189 et s.

ou de programmation. Parmi ces erreurs, on peut compter l'absence de fonctionnalités prévues dans le contrat initial, l'utilisation trop lente ou laborieuse d'un programme pour effectuer certaines tâches déterminées, l'existence de virus, ou encore des erreurs de résultats.¹

1365. Le régime légal des vices cachés de la vente n'est peut-être pas le plus adapté aux erreurs informatiques. En effet, ce régime légal contraint à agir à bref délai et ne permet pas d'obtenir une réparation du matériel ou une correction des erreurs ou dysfonctionnements éventuels. En effet, en présence d'un vice caché, l'article 1644 du Code civil laisse à l'acheteur l'option entre l'action rédhibitoire ou estimatoire : soit il décide de restituer le bien au vendeur contre remboursement du prix, soit il décide de conserver le bien moyennant restitution d'une partie du prix.² Toutefois, il est possible d'aménager contractuellement une solution de remplacement ou de réparation que ne prévoit pas le régime légal de garantie des vices cachés (*cf. infra*).

L'appel à garantie peut en outre être parfois difficile à mettre en œuvre pour les systèmes composites où il est difficile d'identifier l'auteur du composant informatique défectueux.

Rappelons que la Cour de cassation retient une conception fonctionnelle du vice en vertu de laquelle une chose peut être viciée si un défaut de celle-ci ne permet pas de l'utiliser de manière conforme à son usage normal ou à l'usage auquel le client la destinait.³

1366. Le régime légal de garantie des biens de consommation, organisé par les articles 1649*bis* et suivants du Code civil, oblige dans certains circonstances le vendeur d'une chose mobilière corporelle de garantir tout défaut de conformité que cette chose présenterait.

Cette garantie est toutefois réservée aux *consommateurs* et ne s'applique qu'aux *biens de consommation*, à savoir des *objets mobiliers corporels*, ce qui semble exclure de ce régime de garantie les logiciels non délivrés sur un support matériel.⁴

1. Voir les exemples de jurisprudence dans *Contrats informatiques et électroniques*, op. cit., p. 121 ; également *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux : Guide, solutions et applications...*, op. cit., p. 661 et s.
2. Pour de plus amples développements, voir M. VANWIJCK-ALEXANDRE et M. GUSTIN, « L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés : le droit commun », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 42.
3. Voir pour une application : Comm. Bruxelles, 25 février 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 843.
4. A ce sujet, voir C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation – présentation générale », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 64-65 et les références citées, où l'on observe que cette exclusion des logiciels du champ d'application de la garantie est controversée.

La notion de conformité de ce régime de garantie fait l'objet d'une disposition spécifique lui donnant une portée avantageuse pour le consommateur.¹ L'avantage de ce dernier régime, par rapport à la garantie des vices cachés, consiste notamment en une faculté pour le consommateur de demander la réparation du bien de consommation non conforme si une telle réparation est raisonnable ou qu'elle n'est pas impossible. Le consommateur pourra faire valoir cette garantie si le défaut de conformité apparaît dans les deux ans, à condition de le signaler dans les deux mois qui suivent sa constatation.²

B. La garantie conventionnelle

1367. La garantie de bon fonctionnement qui peut être donnée à l'utilisateur constitue à l'évidence un bénéfice non négligeable pour le client qui a acquis un logiciel ou un système informatique. L'aménagement contractuel d'une garantie constitue parfois le meilleur moyen de se prémunir contre les désagréments découlant d'erreurs constatées dans une solution informatique livrée.

Les avantages d'une garantie conventionnelle, comparée à la garantie légale des vices cachés, sont évidents : une telle garantie pourra couvrir tous les défauts de la chose, cachés ou apparents, qu'ils soient ou non rédhibitoires.³ Elle n'oblige pas non plus le client à intervenir dans de brefs délais, à prouver la gravité du vice, et lui permettra de demander la réparation de la chose (comme la correction des bogues), ce que le régime légal de garantie des vices cachés ne permet pas.⁴

1368. Dans tous les cas, il conviendra que les conditions d'intervention en garantie soient clairement établies et avec précision pour que l'intervention du fournisseur rentre dans le cadre de la garantie. Il se peut que le fournisseur propose un contrat de maintenance qui impliquera que les interventions ultérieures de ce dernier soient payantes et facturées au prix convenu dans le contrat. Dans ce cas, il conviendra de bien distinguer les hypothèses dans lesquelles le fournisseur interviendra sous le régime de garantie (gratuite) et celles où il mettra en œuvre la maintenance (payante).

1. Voir à ce sujet, J. STUYCK, « La notion de conformité et l'articulation des délais », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 111 et s.

2. Sur le régime légal de garantie de conformité des biens de consommation, voir C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 55 et s.

3. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n°47.

4. Voir ce tome, La vente, n° 471 et s. Sur les conditions de mise en œuvre de ce régime, voir M. VANWIJCK-ALEXANDRE et M. GUSTIN, « L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés : le droit commun », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 28.

A cette fin, il est nécessaire de préciser le moment de départ de la garantie, et de veiller le cas échéant à ce qu'elle ne fasse pas double emploi avec le contrat de maintenance. On oublie souvent que les éventuelles erreurs découvertes peuvent être corrigées sous le régime de la garantie, souvent plus favorable, plutôt que sous le régime des prestations de maintenance, le plus souvent payantes et sujettes à des conditions d'intervention différentes.

En ce qui concerne le fournisseur, il aura quant à lui intérêt à préciser les conditions dans lesquelles il interviendra dans le cadre de la garantie conventionnelle qu'il accorde, et surtout les causes d'exclusion de cette garantie. Ainsi, souvent, les modifications apportées au programme par le client lui-même ou un environnement de fonctionnement différent de celui qui est stipulé au contrat seront des causes autorisant le fournisseur à ne pas intervenir sous le régime de garantie.

Section 2

Les obligations du client

Parmi les obligations du client, nous nous attarderons sur trois obligations principales, à savoir l'obligation de collaborer avec le fournisseur pour mener le contrat à bonne fin, celle de réceptionner le système ou le produit livré, et enfin celle de payer, qui reste *in fine* l'obligation principale du client.

§ 1. OBLIGATION DE COLLABORER

1369. L'obligation pour le client de collaborer avec le fournisseur revêt une importance particulière en informatique dès lors que le succès du projet informatique dépendra souvent de la collaboration entre les parties.

En effet, le client devra fournir tous les renseignements au prestataire sur ses besoins afin que ce dernier puisse identifier les ressources à mettre en œuvre afin d'aboutir à un résultat satisfaisant.

Un défaut de collaboration pourrait être considéré comme fautif dans la mesure où il aurait empêché le fournisseur de mener à bien sa mission d'analyse préalable des besoins du client.¹

1. Voir à titre d'exemple Cass. fr., 1^e Ch. civ., 19 décembre 1995, *Expertises*, 1996, p. 236, obs. O. HOUARD. L'intensité d'obligation du client de contribuer à informer le fournisseur est également dépendante d'autres facteurs, tels que la connaissance en informatique de celui-ci, le type de logiciel acheté (logiciel « clé en main » ou logiciel standard), ou encore l'implication du fournisseur dans la définition du cahier des charges. Sur cette question, voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et du commerce électronique*, *op. cit.*, p. 63, n° 19.

1370. Outre les informations qui doivent être communiquées par le client lors de la négociation ou avant le commencement du projet, il convient que le client coopère activement à la réalisation du projet informatique.¹

Cette obligation de collaboration dans la réalisation du projet peut impliquer que le client désigne un responsable de projet afin d'être l'interlocuteur privilégié du fournisseur dans le cadre de l'exécution du contrat.²

Le manque de collaboration du client peut être sanctionné par une diminution de responsabilité du fournisseur mal assisté et peut mener à ce que le client doive tolérer certaines difficultés pour que le projet aboutisse. Il convient dans ce cas que le client collabore à la résolution de ces difficultés et soit activement impliqué dans l'aboutissement du projet.³

Il convient évidemment d'éviter que le devoir de collaboration du client ne se transforme en immixtion de celui-ci dans les prestations du fournisseur. Le degré d'implication de chacune des parties dépendra notamment de la nature du projet, mais également des dispositions contractuelles ayant organisé les relations entre les parties et leur collaboration pendant les prestations. L'établissement de **comités de pilotage** permet le plus souvent d'évaluer régulièrement la collaboration des parties et de décider des ajustements nécessaires à la coopération établie.

§ 2. OBLIGATION DE RÉCEPTION

A. Importance de la réception

1371. Le client doit également réceptionner le logiciel ou le système informatique qui lui a été délivré, afin de prendre part au processus de livraison, souvent complexe dans de grands projets informatiques.

La réception est issue de la pratique du contrat d'entreprise, conformément aux articles 1790 et 1791 du Code civil, appliqué aujourd'hui à la plupart des contrats de projets informatiques.⁴

1. Voir C.A. Aix-en-Provence, 5 novembre 1999, *Gaz. Palais*, 2001, 1, somm. P. 276 cité dans, P. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, op. cit., p. 65, n° 2.6.

2. Voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 875.

3. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, qui estime que « les usages tolèrent une certaine marge de difficultés, notamment pendant la période de mise en point et de paramétrage » ; Orléans, 20 février 2003, n° 02/00781, inéd., cité dans *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 875.

4. Cf. à ce sujet, n° 536 et s.

Il s'agit de l'opération par laquelle il sera confirmé que la chose livrée est conforme à ce qui avait été contractuellement convenu. Elle consiste également en l'expression de ce que la solution informatique livrée est exempte de vices apparents. Il conviendra le plus souvent que cette acceptation intervienne après une **phase de tests et de contrôles**, sans lesquels le client pourrait difficilement se convaincre de la conformité du système livré avec les spécifications contractuelles. La réception permettra également au client de révéler au fournisseur tous les défauts de conformité et les éventuelles améliorations qui devront être apportées au logiciel pour que celui-ci soit conforme au cahier des charges.

B. Les modalités de réception

1372. La réception¹ pourra être un processus délicat lorsqu'elle porte sur un ensemble informatique complexe. Dans ce dernier cas, il est conseillé d'organiser une réception selon l'une des modalités suivantes, voire même en les utilisant toutes deux simultanément : soit la **réception définitive** suit la **réception provisoire** (la réception se fait donc en deux temps), soit la réception se fait **par module**, chacun étant réceptionné séparément après sa livraison, en attendant une **réception globale** portant sur l'ensemble une fois terminé.²

1373. La double réception suppose qu'une première réception du système, la **réception provisoire**, ait lieu avant une **réception définitive**. Cette dernière interviendra après une période de **tests de conformité**. Pendant cette phase de tests, il est admis que le fournisseur apporte les modifications et corrections qui s'imposent afin de rendre le système conforme aux spécifications contractuelles.³

Il incombera évidemment au client, en vertu de son devoir de collaboration, de contribuer à identifier les vices et non-conformités qu'il relèvera pour les communiquer au fournisseur. Ce dernier disposera alors d'un délai pour corriger les éventuelles erreurs et non-conformités observées.

Si le système livré ne permet pas d'être testé correctement par le client pour pouvoir constater sa conformité, le client pourrait alors refuser de signer le procès-verbal de réception provisoire, ou ne réceptionner qu'avec les réserves expresses qui s'imposent, en attendant que les anomalies soient corrigées.⁴

1. Fréquemment appelée « recette » en France.

2. Pour de plus amples développements sur ces techniques de réception, voir E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et du commerce électronique », op. cit., n° 41 et s.; également, dans ce tome, n° 539 et s.

3. Civ. Bruxelles, 30 juin 1985, *D.I.T.*, 1999/3, p. 38.

4. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 878.

1374. Une fois les corrections effectuées après les tests qui ont suivi la réception provisoire, le client pourra procéder à la *réception définitive* de la solution. C'est pour le client la reconnaissance que le système livré est conforme, ce qui entraîne à tout le moins que le client renonce à se prévaloir des défauts de conformité ou des vices apparents. Ce moment marquera également le point de départ des garanties légale et conventionnelle.¹

1375. Il est également fréquent de prévoir un mécanisme de *réception par modules*. Cette réception portera sur chaque élément du système pris séparément, après avoir été divisé en lots. Une fois chaque lot réceptionné par le client, ce dernier pourra procéder à la réception de l'ensemble du système dans sa globalité. La livraison de chaque lot sera donc progressive, et fera l'objet d'une procédure de test et de réception séparée, jusqu'à ce que tous les lots soient délivrés. Le client pourra alors procéder au test de l'ensemble de la solution et prononcer la réception de l'ensemble, en ayant auparavant vérifié si les éléments livrés fonctionnent sans défaut lorsqu'ils fonctionnent de manière intégrée. L'appréciation du bon fonctionnement global ne pourra en effet s'apprécier qu'une fois l'installation terminée et opérationnelle.²

C. La procédure de réception et le refus de réception

1376. Si les deux parties s'entendent sur la conformité de la chose livrée, elles procéderont à une réception amiable, qui pourra faire l'objet d'un **procès-verbal** de réception signé par les deux parties.

Les choses seront souvent plus compliquées si le client refuse de procéder à la réception. Dans ce cas, il sera possible de recourir aux tribunaux pour obliger le client à procéder à la réception. En pratique, le refus du client de réceptionner les travaux sera souvent concomitant à un refus de payer tout ou partie des sommes dues au fournisseur.

1377. On comprendra dès lors l'importance d'aménager contractuellement les procédures de réception, voire les tests mis en œuvre, les niveaux de qualité devant être atteints, ou encore les outils de mesure de performance qui seront utilisés pour apprécier la conformité de la chose.³

1. Les vices apparents seront donc couverts et seuls les vices cachés pourront faire l'objet d'un recours.
2. CA Paris, 4 juillet 1997, *Expertises*, 1998, p. 113.
3. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 880 ; P. LETOURNEAU, « Contrats informatiques et électroniques », op. cit., n° 3.167.

D'une part, il est recommandé de donner au client un **délat** dans lequel il devra procéder aux **tests** et faire part de ses **remarques**. A défaut de délai, il conviendra que l'acceptation intervienne dans un délai raisonnable.¹ On précisera utilement dans le contrat que tout refus de réception devra être dûment motivé et faire l'objet d'une description précise des dysfonctionnements observés qui empêchent le client de réceptionner le système.

D'autre part, il sera utile de prévoir un délai maximum dans lequel le fournisseur devra procéder à la correction d'éventuelles erreurs si le client refuse de réceptionner définitivement la solution délivrée. De la même manière, on évitera les navettes sans fin entre le client et le fournisseur à des fins de correction, qui parfois prennent un temps important et repoussent encore plus la réception définitive de la solution.²

1378. Il arrive parfois que le client ne procède à aucune réception formelle du système qui lui a été livré, mais utilise néanmoins celui-ci en production pendant un certain temps. Dans cette hypothèse, il n'est pas exclu que l'on puisse conclure à une **réception tacite** de la part du client de la solution qui lui a été fournie.³ Si l'on veut éviter que l'utilisation du système livré soit considérée comme une réception tacite de celui-ci, il conviendra de préciser dans le contrat que la réception ne pourra être qu'expresse, et qu'il ne pourra être déduit du silence du client aucune réception tacite de la solution livrée.⁴

Il peut également être utile pour le client de se réserver le droit d'utiliser, après l'avoir accepté uniquement avec des réserves, le système livré, afin de lui permettre de mettre en production la solution livrée –même imparfaite– sans devoir subir les désagréments du retard du fournisseur.

1. Voir Gand, 28 juin 2002, *T.G.R.*, 2004, p. 366, où la Cour considère que le client doit protester clairement dans un délai raisonnable. En l'absence de contestation, on pourra éventuellement conclure à une acceptation tacite de la solution. Dans le même sens : Gand, 14 avril 2008, *inédit*, 2006/AR/3087, cité par H. JACQUEMIN, op. cit., p. 34.
2. A cet égard, on peut concevoir qu'un délai pour la *livraison* soit prévu, mais que tel ne soit pas le cas pour la réception (définitive ou provisoire). A la place, le contrat peut prévoir que le fournisseur aura droit à un nouveau délai pour corriger les erreurs relevées par le client lors des tests.
3. Pour un exemple de réception tacite, voir Liège, 11 février 1993, *D.I.T.*, 1993/4, p. 54, note E. MONTERO ; *Computerr.*, 1994, p. 38 ; *J.T.*, 1993, p. 556 ; Gand, 28 juin 2002, *T.G.R.*, 2004, p. 366 précité.
4. Entre les deux options, il peut éventuellement être précisé que la mise en production du système vaudra réception, sauf réserves expresses de la part du client.

§ 3. OBLIGATION DE PAYER LE PRIX

1379. La détermination du prix dépend évidemment de l'accord des parties.¹ Il reste que deux grands systèmes se présentent régulièrement en matière de contrats informatiques, ces deux systèmes pouvant parfois être combinés² :

- soit le prix est défini sur le mode d'un **contrat en régie**, c'est-à-dire que le prix dépendra du nombre d'heures prestées par le personnel du fournisseur informatique. Il n'est pas exclu que le fournisseur avance un budget estimatif, lequel pourra être réévalué en fonction de l'avancement du projet. Il est parfois prévu que des *time-sheets* soient communiquées au client, reprenant l'ensemble des prestations effectuées par le fournisseur et permettant un contrôle de celles-ci par le client. Une variante de la régie pure sera la régie plafonnée (le client est assuré que le montant total ne dépassera pas un chiffre donné), une autre variante peut prévoir des taux dégressifs (qui vont inciter le fournisseur à ne pas facturer d'heures inutiles) ;
- soit le prix est fixé de manière **forfaitaire** et comprendra l'ensemble des prestations définies au contrat. Il est évident que ce genre calcul peut comporter un risque pour les fournisseurs, qui prennent un risque (hausse du coût salarial, augmentation du nombre d'heures, développements imprévus,...) et doivent donc anticiper ce risque dans leur calcul. Il n'est pas exclu que le fournisseur diminue ce risque en prévoyant une **clause de hardship** (possibilité de revoir le prix à la hausse ou à la baisse dans une certaine limite afin de réduire les imprévus selon les impératifs économiques).

Souvent, le paiement du prix sera étalé en plusieurs parties, que le client payera au fur et à mesure de l'avancement de l'exécution du contrat. Ainsi, une première tranche pourra par exemple être payée à la signature du contrat, la seconde au commencement des travaux, une autre à la réception provisoire, et la dernière à la réception définitive.

1380. On remarque qu'en cas de litige pendant l'exécution du contrat, le client suspend parfois le paiement du prix. Dans ces situations, il conviendra de prévoir les conséquences du non-paiement du prix dans le contrat afin d'éviter des situations de blocage dans lesquelles le fournisseur pourrait menacer de suspendre les prestations à défaut de paiement, ce qui contraint le plus souvent le client pressé ou sans autre alternative à accepter de payer une partie du prix. Dans cette hypothèse, on ne peut que conseiller au client d'effectuer un paiement sous réserve, ou encore

1. Sur la détermination du prix, voir P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°s 2.17-2.37.

2. Pour plus de nuances à cet égard, voir « Contrats informatiques et électroniques », *op. cit.*, n° 2.17 et s.

de stipuler contractuellement que les paiements sont indépendants de toute reconnaissance de conformité et n'entraînent pas réception des travaux effectués.

Lorsque le contrat stipule que le prix sera déterminé en fonction des prestations (contrats en régie), les parties peuvent convenir que le paiement du prix interviendra après approbation par le client du relevé périodique¹ des prestations effectuées. De cette manière, le client pourra garder un contrôle sur les prestations effectuées et sur les montants facturés en régie.²

1. Le plus souvent, chaque mois.

2. On pense aux cas où le fournisseur produit de nouvelles prestations à effectuer, augmentant considérablement le coût total des prestations. Une manière de contrôler le prestataire peut consister en l'obliger à soumettre au client son estimation d'heures à prester pour la période à venir avec un descriptif des travaux encore à réaliser. Il peut alors être convenu entre les parties que seules les prestations préalablement validées par le client pourront être facturées par le prestataire. Souvent, c'est le responsable du projet représentant le client qui sera chargé d'approuver les nouvelles prestations.

Chapitre III

Clauses fréquentes dans les contrats informatiques

Nous analysons ci-après les clauses fréquemment rencontrées dans les contrats informatiques qui méritent quelques commentaires vu leur importance et leurs conséquences sur l'exécution du contrat.

Section I

La pluralité des parties ou des contrats

1381. Il n'est pas rare que dans le cadre de projets informatiques, le client fasse appel à plusieurs prestataires pour lui fournir la solution désirée (par exemple, un éditeur et un intégrateur). Plusieurs configurations peuvent se présenter quant à la collaboration qui découle du contrat de services.

Soit les différents prestataires sont co-gestionnaires du projet et répondent ensemble de l'exécution du contrat, pour leurs prestations respectives. Parfois, le client se retrouvera face à une pluralité de prestataires qui risquent de se renvoyer la responsabilité en cas de retard ou d'erreur de conception. Il sera le plus souvent important de spécifier dans le contrat les différentes obligations des parties avec précision afin qu'il soit aisé d'identifier le prestataire qui est à l'origine du manquement.

1382. Un aménagement contractuel pourrait préciser que l'exécution des contrats se fera comme si ceux-ci formaient un tout indivisible, ce qui aura notamment pour conséquence que les prestataires seront solidairement responsables des manquements, ou encore que la réception ne sera acquise que lorsque tous les prestataires auront livré leur produit ou service.¹

Il se peut également qu'un seul prestataire de services soit choisi. Il pourra à son tour faire appel à des sous-traitants. Cette faculté de choisir les sous-traitants pourra d'ailleurs faire l'objet d'une restriction contractuelle, soumettant par exemple toute sélection de sous-traitant à l'approbation ou l'information préalable du maître de l'ouvrage. Dans le cas d'un contrat conclu avec prestataires faisant appel à des sous-traitants, rappelons que la jurisprudence de la Cour de cassation soumet l'action directe du maître de l'ouvrage contre les sous-traitants à des conditions très

1. Pour de plus amples développements, voir P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 17.

strictes.¹ En matière informatique, cette jurisprudence peut mener à des situations délicates, où des interrogations quant à la pertinence de ce régime subsistent.²

1383. Dans le cas de pluralité de cocontractants, il est conseillé de préciser l'étendue des obligations des parties pour éviter toute discussion postérieure. Ainsi, si un entrepreneur principal est désigné, il conviendra que le contrat détermine si la bonne fin du projet reposera sur ce dernier, ou si ses obligations se limiteront uniquement à assurer la coordination des différents prestataires. Le terme de « maître d'œuvre » est souvent utilisé dans les contrats français comme désignant « la personne physique ou morale qui, pour sa compétence technique, est chargée par le maître d'ouvrage, ou par la personne responsable du marché, de diriger et de contrôler les travaux et de proposer la réception et leur règlement ».³ Des responsabilités particulières lui seront assignées, selon ce que prévoira le contrat. Ces responsabilités pourront aller de la simple coordination du projet à sa mise en œuvre effective (par exemple, l'intégration de différents modules informatiques).

Ces précisions seront souvent nécessaires dans les projets informatiques complexes, où les responsabilités sont parfois très difficiles à établir et dans lesquels les prestataires auront tendance à se renvoyer la faute. Désigner le prestataire principal comme le contractant principal, un « intégrateur », ou un « maître d'œuvre » revêt donc souvent une importance particulière à cet égard.

Parfois, il se peut que plusieurs contrats (de maintenance, de licence, et de développement informatique par exemple) soient signés par le client pour réaliser un projet unique. Les parties peuvent à cet égard prévoir contractuellement que les contrats seront interdépendants et qu'ils ne pourront être exécutés indépendamment les uns des autres. En l'absence de pareille clause, notons que des constructions doctrinales et jurisprudentielles, avec des notions « d'ensemble contractuel » ou de « groupe de contrats » ont été élaborées pour considérer ces différents contrats comme participant à un même objectif et devant être soumis à un régime particulier de dépendance.⁴

1. Selon la Cour de cassation, la responsabilité quasi délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution ne peut être invoquée que moyennant le respect de deux conditions cumulatives: la faute qui lui est imputée ne constitue pas seulement la violation d'une obligation contractuelle, mais aussi d'une obligation qui s'impose à tous et cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *Entr. et dr.*, 1975, p. 181, obs. A. MEINERTZHAGEN, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, note J.-L. FAGNART. Voir aussi Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 341, note M. VAN QUICKENBORNE; Cass., 29 septembre 2006, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, p. 38.
2. A ce propos, voir H. JACQUEMIN, « Comment sanctionner la perte de données lors de la fourniture d'un logiciel standard ? », note sous C.S.J. Luxembourg 5 février 2003, *D.A. O.R.*, p. 52.
3. Définition de la norme AFNOR n° P03001, voir Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: *Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n° 846.
4. A ce sujet, voir P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006.

A cet égard, notons que le critère de l'utilité ou de l'incohérence de la poursuite d'un contrat lié à un ou d'autres contrats interrompus a été retenu par la jurisprudence pour considérer plusieurs contrats comme formant un tout indivisible.¹

Section 2

Les clauses relatives à la responsabilité

A l'évidence, les clauses relatives à la responsabilité des parties sont d'une grande importance dans tout contrat. Cependant, en matière de projets informatiques, il existe quelques particularités qui méritent de s'y attarder. En effet, les causes, conséquences et imputabilité de fautes contractuelles sont souvent l'objet de vives discussions lors des négociations. Nous soulignerons donc ci-après quelques questions spécifiques qui peuvent se poser dans le cadre de la rédaction des clauses relatives à la responsabilité.

§ 1. DIFFÉRENTES CLAUSES DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

Il existe plusieurs manières de limiter la responsabilité d'une partie dans un contrat. Nous proposons d'en examiner quelques-unes, couramment synthétisées de la manière présentée ci-dessous.²

A. Les clauses qui redéfinissent le contenu d'une obligation à la baisse

1384. Il est possible de redéfinir une obligation de résultat en obligation de moyen, d'abaisser le niveau de services (délais d'intervention, critères de non-conformité,) ou encore de diminuer les moyens que doit mettre en œuvre le prestataire pour remplir ses obligations. Une autre clause relevant de ce type d'exonération est la clause dite de « parfaite information », selon laquelle le client reconnaît avoir été parfaitement informé des tenants et aboutissants du projet informatique.

Si cette manière de revoir les obligations du fournisseur à la baisse n'est pas à proprement parler une manière de limiter cette obligation, il n'en reste pas moins qu'elle est susceptible d'être soumise au régime de nullité de certaines clauses limitatives (voir *infra*).³

1. Voir Cass. Fr., 21 octobre 2008, *Dalloz*, 2007, p. 654 ; Comm. Mons, 21 octobre 2008, *inédit*, A/03/216, cités par H. JACQUEMIN, *op. cit.*, *R.D.T.I.*, n°35, p. 32.

2. Voir par exemple P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », *Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Dalloz, 1994, p. 181 et s.; E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.C., pp. 393-434.

3. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 47.

Parmi les moyens de réduire les obligations du prestataire, on citera également la possibilité de prévoir une garantie conventionnelle plus restrictive que la garantie légale.

B. Les clauses qui conditionnent l'existence de la responsabilité

1385. Ces clauses permettent par exemple d'exclure certaines hypothèses des causes de responsabilité. Ainsi, on pourra préciser que seule la faute lourde ou intentionnelle donne lieu à responsabilité (à l'exclusion des fautes légères ou occasionnelles). On pourra aussi préciser que les calendriers ne sont que des calendriers estimatifs et que leur non-respect ne pourra en soi constituer une faute dans le chef du prestataire.

Il est également possible de définir les causes de mise en œuvre de la responsabilité de manière plus stricte qu'en droit commun. Ainsi, limiter les délais de réclamation ou de citation en justice peut amener en pratique à diminuer les cas de responsabilité du prestataire.

C. La clause de force majeure élargie

1386. Vu les nombreux aléas des projets informatiques, il est courant que des situations de manquement trouvent leur cause dans des circonstances qui ne répondent pas aux conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité requises pour parler de force majeure.¹

Dès lors, il est fréquent que le prestataire s'exonère de tous les événements qui ne relèvent pas de son contrôle, tels que les pannes d'électricité, grèves, actions gouvernementales, guerres, conflits, émeutes, troubles civils, etc.²

D. Les clauses portant sur les conséquences de la responsabilité

1387. La clause la plus fréquente est celle limitant le montant de la réparation à un plafond fixe ou déterminé en fonction de l'importance des sommes versées par le client. On pourra également limiter les modes de réparation en précisant par exemple (pour du matériel) que seul le remplacement de pièces défectueuses pourra être exigé.

1. A ce sujet, voir P.-A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, pp. 241-285.

2. Pour un exemple de telle clause, voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 49.

Il est fréquent que la clause de limitation de responsabilité exclue certains dommages de toute réparation. Ainsi, on exclut souvent explicitement les dommages indirects de la responsabilité éventuelle. Parmi ces dommages indirects sont souvent classés, d'après le contrat, le manque à gagner, la perte de données, les espérances de gain, ou encore les pertes de bénéfices. Cette formulation renvoie d'une certaine manière à l'article 1151 du Code civil, lequel prévoit que le débiteur de l'obligation de réparer ne doit réparer que « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Or, selon l'enseignement de la Cour de cassation¹, les dommages susmentionnés peuvent en réalité constituer des dommages directs et donc faire l'objet d'une réparation en cas de faute. La rédaction d'une pareille clause n'est donc pas anodine et est susceptible de réduire considérablement la responsabilité du prestataire dès lors que les dommages en matière informatique sont souvent des dommages rentrant dans les catégories mentionnées plus haut. Il conviendra donc d'y prêter attention pour évaluer les conséquences qu'assumera le prestataire en cas de défaillance.

§ 2. LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

Les clauses limitant la responsabilité sont soumises à un régime qu'il convient de rappeler brièvement dans le cadre de la présente contribution, dès lors que toute clause limitant la responsabilité du prestataire ne sera pas pour autant valable : elle doit répondre à un certain nombre d'exigences soit légales soit dégagées par la jurisprudence.²

A. L'ordre public et les dispositions impératives

1388. Pour être valides, les clauses limitatives de responsabilité ne peuvent évidemment pas être contraires à l'ordre public ou à une norme légale impérative. Dans ces deux cas, la clause sera déclarée nulle.³

B. Le dol et la faute lourde

1389. Il est acquis que toute clause exonérant l'auteur d'un dol de sa responsabilité doit être déclarée inapplicable.⁴ Rappelons que la Cour de cassation a semblé opter pour une définition restrictive de cette notion : la faute doit revêtir un caractère volon-

1. Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155 ; *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 179, *J.T.*, 1986, p. 600, *R.C.J.B.*, 1988, p. 41, note M. VAN QUICKENBORNE.

2. Voir ce tome, n° 383 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Les obligations : les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 732, n°s 731-736.

3. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 200, n° 13.

4. Voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 48 et références citées.

taire mais, même s'il faut signaler que ceci est controversé, il faut en outre que l'auteur ait effectivement eu conscience que la faute aurait pu commettre un dommage.¹

Quant à la faute lourde, rappelons que la Cour de cassation a rejeté à deux reprises l'assimilation de la faute lourde au dol, consacrant ainsi la validité de clauses exonératoires de la faute lourde². Toutefois, pour être valide, une telle clause restrictive de responsabilité doit faire l'objet d'une mention expresse dans le contrat ou résulter nécessairement de celui-ci. En effet, cette clause est dérogoire au droit commun et doit donc refléter avec certitude la volonté d'exclure la faute lourde des causes de responsabilité.³

C. La clause vidant le contrat de son contenu

1390. La jurisprudence refuse de manière constante toute clause qui aurait pour effet de porter atteinte à une obligation essentielle du contrat, c'est-à-dire d'en réduire la portée au point qu'elle touche à la substance même de l'obligation.⁴

Si la clause limite la responsabilité du prestataire au point qu'elle vide le contrat de sa substance, il conviendra de considérer cette clause comme nulle.⁵

1391. En ce qui concerne les ventes aux consommateurs, soulignons que la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur confirme le principe déjà exposé, en prévoyant en son article 32, 11° que seront déclarées nulles toutes les clauses qui ont pour objet de libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat.

L'article 32, 27° introduit par la loi du 7 décembre 1998, précise que seront également nulles les clauses qui ont pour objet « d'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du vendeur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le vendeur d'une quelconque de ses obligations contractuelles ». L'article 32, 27° a donc une portée plus large dès lors qu'il ne concerne pas uniquement les obligations essentielles du contrat, mais la clause ne sera déclarée nulle que si elle limite les obligations du vendeur « de façon inappropriée ».⁶

1. Cass., 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 92 ; *R.D.C.*, 1995, p. 232, note M. GODFROID. Pour une lecture nuancée de cet arrêt, voir S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Les obligations : les sources – Chroniques de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 732, n° 122.

2. Cass. 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944 ; Cass., 25 septembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 144.

3. Voir également Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 189.

4. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, p. 733, n° 128.

5. P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1.39.1 et références citées.

6. Voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 48, p. 89.

D. Le régime des clauses abusives

1392. Mentionnons également le régime des clauses abusives prévu aux articles 31 et 32 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. L'article 32 comporte une série de clauses qui seront automatiquement considérées comme nulles, tandis que l'article 31 précise que le juge pourra déclarer nulle « toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ».

Ce régime, rappelons-le, ne s'applique qu'aux relations entre consommateurs et vendeurs, et présente peu d'intérêt pour les projets informatiques développés entre professionnels.¹

Section 3

Obligation de moyen et obligation de résultat

1393. Dans le cadre d'un contrat informatique, préciser si les obligations du prestataire consistent en des obligations de moyen ou de résultat aura toute son importance².

Il appartiendra aux parties de préciser la nature des obligations concernées par le contrat et de définir quelles obligations sont considérées comme des obligations de moyen et quelles autres seront soumises à une obligation de résultat.

1394. On rappellera que la **différence de régime** est de taille puisque, en cas de défaillance, en présence d'une obligation de résultat, la **charge de la preuve** appartiendra au prestataire qui sera présumé en faute sauf à établir une cause d'exonération. Dans le cas d'une obligation de moyen, la charge de la preuve de la faute du prestataire incombera au client.³ Il sera donc important de pouvoir déterminer si l'obligation en cause était de moyen ou de résultat, afin de déterminer à qui incombera la charge de la preuve.⁴

1. Sur ce régime, voir par exemple J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, pp. 585-599.

2. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3740 ; pour un exposé plus complet de la différence entre obligation de moyen et obligation de résultat, voir J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, nos 189 et 196.

3. D. MOUGENOT, « La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible? », *D.A. O.R.*, 2006, n° 3, p. 313, note sous Liège, 26 mai 2005 ; voir également H. JACQUEMIN, op. cit., *R.D.T.I.*, n°35, pp. 38-39 et références citées.

4. P. WERY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 313.

Certaines clauses, optant pour un **régime intermédiaire**, définissent à charge du prestataire une **obligation de moyen renforcée**, dont la mise en œuvre permet de concilier les intérêts des deux parties, sachant que la détermination de la responsabilité des parties dans un projet informatique complexe se révèle souvent difficile et nécessite fréquemment une expertise préalable.¹ Dans ce régime, il incombera au prestataire de démontrer qu'il a bien mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour s'exonérer de sa responsabilité, ce qu'il ne peut faire dans le cadre d'une obligation de résultat où seule une cause exonératoire peut le libérer de sa responsabilité.

Section 4

Respect des délais et pénalités

1395. Nous l'avons vu, le prestataire a l'obligation de livrer à temps.² En matière de contrat de vente, l'article 1610 du Code civil stipule qu'en cas de retard dans la livraison, l'acheteur pourra demander soit la mise en possession soit la résolution, outre la condamnation à d'éventuels dommages et intérêts.

Les prestataires sont parfois réticents quant il s'agit de s'engager sur des délais. Or, il n'est pas rare que les fournisseurs tardent à délivrer une solution informatique dans les délais convenus. Il s'agit donc pour le client de s'armer de mécanismes lui garantissant une livraison dans des délais raisonnables.

Même dans le cas où les délais stipulés par le fournisseur sont indicatifs, on s'accorde pour dire que le prestataire se doit de respecter un **délai raisonnable**.³ L'absence de respect d'un délai indicatif ne pourra donc pas donner lieu à lui seul à une responsabilité dans le chef du prestataire⁴, mais il conviendra dans ce cas que le client le mette en demeure de s'exécuter une fois le délai estimatif dépassé.⁵

1396. La sanction du non-respect de délai devra idéalement être prévue au contrat. Des pénalités de retard pourront être forfaitaires ou proportionnelles au retard.⁶

1. A ce sujet, voir H. BITAN, « Pour une consécration de l'obligation de moyens renforcée dans les contrats informatiques », *Communication Commerce Electronique*, 2005, n° 10, pp. 14-16.

2. Voir *supra*, n° 1362.

3. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., n° 45.

4. Voir par exemple Paris, 16 janvier 1990, *D.I.T.*, 1991/2, p. 47, note M. ESPAGNON.

5. Voir X. THUNIS, « L'environnement physique – la livraison et l'installation », *Le droit des contrats informatiques : principes, applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 243.

6. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., nos 3742 et 3807.

Rappelons que le régime des **clauses pénales** a été revu par la loi du 23 novembre 1998.¹ L'article 1226 du Code civil définit la clause pénale comme « *une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par la suite de l'inexécution* ».

1397. La clause pénale ne peut avoir pour but que de fixer forfaitairement le montant des dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle². En effet, la Cour de cassation a refusé tout caractère comminatoire à la clause pénale.³ Le Code civil (art. 1153, dernier al., et 1231, § 1^{er}) donne désormais au juge le pouvoir de réduire la clause pénale considérée comme excessive si elle excède manifestement le dommage subi à la suite du manquement. Pour apprécier la réduction, le juge tentera d'établir ce qu'aurait été une indemnité pour des cocontractants raisonnables et diligents au moment du contrat.⁴

Section 5

Niveaux de service et qualité des performances

1398. Définir la qualité des performances qui devront être délivrées par le fournisseur informatique revêt une importance particulière puisque les prestations informatiques peuvent couvrir une gamme de services différents et de qualité inégale qu'il s'agit de bien définir dans le contrat afin de s'assurer que les parties s'entendent sur les obligations réciproques de chacun. Définir le niveau et la qualité des services permettra également de pouvoir mesurer les performances de la solution fournie et de comparer celles-ci avec les attentes (exprimées ou non) du client quant au fonctionnement de la solution qui lui a été livrée.

Il sera important, selon les cas, de définir les attentes notamment en termes de fonctionnalités, de disponibilité, de portabilité, d'interopérabilité, d'évolutivité, de pérennité, etc.⁵

1399. Les clauses de niveaux de qualité de service sont souvent appelées « **Service Level Agreement** », et permettent au client d'obtenir une garantie sur la qualité de service, laquelle sera évaluée avec des critères objectifs et prédéfinis pour mesurer

1. Voir E. MONTERO, *op. cit.*, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, pp. 420-481; P. WERY, « La clause pénale », *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 249-324.

2. Voir ce tome, n° 382.

3. Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454, note I. MOREAU-MARGREVE; Cass., 24 novembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 302, note I. MOREAU-MARGREVE.

4. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 50.

5. Pour de plus amples développements à ce sujet, voir E. MONTERO, « La définition des performances dans les contrats de logiciels », *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, octobre 1990, H, pp. 7-16.

la performance de chacun des services concernés¹. Parmi les critères qui peuvent être définis dans cette clause, on peut citer notamment la disponibilité, la rapidité d'exécution et le délai d'intervention :

- La **disponibilité** d'une solution informatique peut s'exprimer sur une période de référence, pendant laquelle un taux maximal acceptable d'indisponibilité du système peut être déterminé. Il convient évidemment de fixer une période de référence pertinente (excluant par exemple les périodes hors heures de bureau où l'indisponibilité porte moins à conséquence). En outre, il conviendra de définir le taux d'indisponibilité admis : il tourne souvent aux environs de 99 %, mais peut être par exemple plus élevé pendant les heures normales d'activité ;²
- La **rapidité d'exécution** du système vise le temps de réponse que met le système suite à une instruction donnée. A l'évidence, il conviendra de définir ce temps de réponse pour éviter une surprise désagréable lors de l'utilisation du logiciel. Le niveau de performance attendu par le client devra évidemment être fixé dans des conditions d'exécution déterminées (matériel, ampleur de l'information, nombre de requêtes, d'utilisateurs, etc...) ;
- Il sera important de définir la **rapidité d'intervention du fournisseur et la qualité de celle-ci** dans le cas de maintenance ou d'intervention sous garantie. En effet, l'intervention rapide du prestataire est souvent une condition d'efficacité et d'utilité pour le client, pour qui les conséquences d'une intervention trop tardive pourraient se révéler dommageables. A cet égard, il est conseillé de faire une différence entre délai d'intervention et délai de réparation, lesquels ne sont évidemment pas toujours identiques.³

Il est certain qu'une clause relative à la qualité de l'intervention sera utile pour définir les moyens qui devront être mis en œuvre par le prestataire. Ainsi, le niveau de formation ou d'expérience du personnel, la disponibilité des équipes de maintenance et le remplacement éventuel des moyens humains mis à disposition par le fournisseur seront autant d'éléments qui pourront avoir une influence non négligeable pour le client.⁴

1. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n°1051 ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 884.

2. Pour plus de développements, voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 65.

3. Voir notamment sur l'obligation de célérité et d'efficacité du fournisseur, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, nos 7.26-7.28 ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n° 992.

4. Sur la clause relative à l'efficacité, voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n° 993.

Section 6

Les clauses de confidentialité

1400. Dans le cadre d'un projet informatique, il sera fréquent que les deux parties aient accès à des informations que l'autre partie voudra garder confidentielles. Il se peut également que l'une ou l'autre des parties veuille garantir le secret de son savoir-faire, et empêcher son partenaire de le réutiliser ou encore de le transmettre à des tiers.

C'est dans ces circonstances qu'une clause de confidentialité sera nécessaire.¹

1401. Il sera fréquent que le prestataire soit soumis à une clause l'empêchant de dévoiler les informations qu'il a reçues dans le cadre de son contrat, mais également le résultat de ses prestations. Il se peut également que le client soit soumis à une telle clause pour garantir la confidentialité de certaines informations et/ou méthodes de travail du fournisseur.

1402. Idéalement, une clause de confidentialité devra **définir avec précision ce que l'on entend par information confidentielle**. Ainsi, pourront être considérées comme confidentielles toutes les informations de nature technique ou commerciale transmises pendant et avant l'exécution du contrat. Une exception pourra être prévue pour les informations qui sont déjà dans le domaine public, celles qui ont été régulièrement obtenues par un tiers, ou encore celles qui sont rendues publiques sans faute d'une des parties.

1403. Ensuite, il conviendra de **définir les obligations des parties concernant les informations confidentielles**. Ainsi, on pourra prévoir que les informations considérées comme confidentielles en vertu de la clause ne pourront être transmises à des tiers sans l'autorisation écrite de la partie dont elles émanent. On pourra également prévoir que les informations reçues pendant le contrat devront être restituées à l'autre partie ou détruites en fin de contrat, ou encore obliger la partie soumise à l'obligation de confidentialité de lier son personnel ou les sous-traitants par une clause identique qui oblige les intervenants à respecter la confidentialité des informations ou du savoir-faire.

1404. Enfin, il conviendra de définir la durée **de l'obligation de confidentialité** : elle couvrira une période plus ou moins longue qui se prolongera souvent après la fin du contrat. En outre, il faudra encore déterminer la sanction en cas de violation

1. Cf. aussi à ce sujet, n° 1351 et s.

de l'obligation. Cette sanction pourra s'exprimer par des **dommages et intérêts** ou encore par la résiliation du contrat.¹

Section 7

Les clauses relatives au traitement de données à caractère personnel

1405. Lorsque le traitement est confié à un « sous-traitant » (au sens de cette loi), l'article 16, § 1^{er} de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel impose de consigner par écrit ou sur un support électronique les éléments du contrat visés aux 3^o et 4^o relatifs à la protection des données et les exigences portant sur les mesures visées au paragraphe 3.²

Dès lors, le contrat devra :

- fixer dans le contrat la responsabilité du sous-traitant à l'égard du responsable du traitement ;
- préciser que toute personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou celle du sous-traitant, ainsi que le sous-traitant lui-même, qui accède à des données à caractère personnel, ne peut les traiter que sur instruction du responsable du traitement, sauf en cas d'une obligation imposée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

1406. L'article 16, § 1^{er} précise également que le **responsable de traitement devra choisir un sous-traitant** qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements. En outre, le responsable du traitement devra veiller au respect de ces mesures par la stipulation de mesures contractuelles.

Il conviendra donc de s'assurer que le contrat précise les obligations du sous-traitant à l'égard des données à caractère personnel qui sont traitées le cas échéant. Cette obligation se traduira dans les faits par une description complète des mesures de sécurité organisationnelles, humaines et techniques que le sous-traitant sera

1. A ce sujet, voir notamment P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1.52 ; Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: *Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n° 3746.

2. Pour plus de développements à cet égard, voir M.-H. BOULANGER, Th. LEONARD, C. DE TERWANGNE, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel: La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, n° 5675, pp. 369-388 ; J. VANDENDRIESSCHE, « De bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij internetgerelateerde verwerkingen van persoonsgegevens », R. DE CORTE (ed.), *Praktijkboek Recht en Internet*, Uitgeverij Vandenbroele, Brugge, 2004, 74 p.

amené à prendre afin de garantir la sécurité des données traitées. Il conviendra également de fixer la responsabilité du sous-traitant qui ne respectera pas ses obligations, dès lors que le responsable de traitement restera responsable à l'égard des tiers des conséquences du non-respect de ses obligations légales.

1407. En outre, lorsque les prestations informatiques impliquent le **transfert de données vers un pays tiers** (hors de l'Union européenne) n'offrant pas de niveau de protection adéquat au sens de la directive 95/46/CE¹, le transfert de données vers une personne établie dans un tel pays tiers ne sera permis qu'à condition de respecter l'une des conditions prévues par l'article 22 de la loi susmentionnée.

Toutefois, si tel n'est pas le cas, il sera possible d'utiliser des clauses contractuelles standard : la Commission a adopté une décision du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE², modifiée par la décision de la Commission du 27 décembre 2004 modifiant la décision 2001/497/CE en ce qui concerne l'introduction d'un ensemble alternatif de clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers.³ Ces deux décisions ont été adoptées par la Commission en vertu de l'article 25, § 4 de la directive, qui permet à la Commission de décider que certaines clauses contractuelles types présentent les garanties suffisantes pour un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers.

1408. Ces deux textes proposent des clauses contractuelles que les parties peuvent adopter lorsqu'elles sont impliquées dans le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers.⁴ Deux annexes reprennent respectivement deux catégories de clauses qui sont soumises à des régimes légèrement différents.⁵ L'emploi de ces clauses n'est pas obligatoire, mais assure aux parties que le transfert des données vers un pays tiers sera considéré comme licite.⁶

Précisons que la décision citée ne s'applique pas au transfert de données à caractère personnel par des responsables du traitement établis dans la Communauté à des destinataires établis en dehors de la Communauté qui agissent seulement

1. Dir. n° 95/46/C.E.E. du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281 du 23 octobre 1995, p. 31.

2. *J.O.C.E.*, n° L181/19 du 4 juillet 2001.

3. *J.O.C.E.*, n° L 385/74 du 29 décembre 2004.

4. Voir F. NAFTALSKI, « Un cadre contractuel approuvé par la Commission européenne », *Expertises*, 2001, p. 385 ; P. GELLY, « La Commission européenne approuve un nouveau modèle de contrat de transfert de données personnelles », *Expertises*, 2005, p. 55.

5. Voir art. 4 de la décision.

6. Sous réserve des pouvoirs laissés aux autorités nationales pour la protection de la vie privée.

comme « sous-traitants » (au sens que la législation sur les données à caractère personnel donne à cette notion).¹

1409. Les transferts de données vers des sous-traitants établis en dehors de la Communauté pourront par contre utiliser les clauses arrêtées par la décision de la Commission 2002/16/CE du 27 décembre 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers.² Cette décision entend en effet expressément s'appliquer au transfert de données vers un pays tiers où est établi le sous-traitant.³

A défaut d'utiliser de telles clauses, et en dehors des cas où le transfert est autorisé en vertu de l'article 22, le dernier alinéa de cet article permet au Roi, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, d'autoriser un transfert ou un ensemble de transferts de données à caractère personnel vers un pays non membre de la Communauté européenne et n'assurant pas un niveau de protection adéquat, lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et des droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants. L'article précise que ces garanties peuvent notamment résulter de **clauses contractuelles appropriées**. Malheureusement, la mise en œuvre de cette disposition, nécessitant un arrêté royal, ne rencontre pas de succès (en raison notamment de sa lourdeur) et l'emploi d'alternatives est donc privilégié pour cette raison.

Section 8 Gestion du contrat

1410. On l'a déjà rappelé, les parties sont tenues à une obligation de collaboration dans l'exécution du contrat. Cette obligation de collaboration peut être formalisée dans le contrat et faire l'objet d'une clause qui sera spécialement utile dans le cadre de projets complexes et impliquant plusieurs parties, d'importants développements et des changements d'infrastructure.

La désignation de personnes de contact chez chacune des parties permettra de centraliser l'information, tout comme la détermination des moyens de communication entre parties (fax, courrier électronique, recommandé dans certains cas,...) permettra de fixer le mode de communication le plus pertinent en fonction de la situation (factures, nouvelles commandes, modifications de spécifications, etc.). Il

1. Voir art. 2, al. 2 de la décision.

2. *J.O.C.E.*, n° L 6/52 du 10 janvier 2002. A l'heure où nous écrivons ces lignes, une nouvelle proposition de décision est à l'examen.

3. Voir art. 2, al. 2.

sera également parfois utile de déterminer quelle personne sera habilitée à engager chaque partie dans le cadre de l'exécution du contrat.

1411. Il est également fréquent qu'un **comité de pilotage** ou **comité de gestion** soit créé, regroupant les personnes de contact et/ou les chefs de projet de chaque partie. Ces comités peuvent se réunir à intervalles réguliers et cela permettra de faire le point sur les dysfonctionnements éventuels, d'évaluer l'avancement du projet, et le cas échéant de prendre les décisions qui s'imposent pour adapter le contrat aux réalités et difficultés du projet.

Ainsi par exemple, le contrat peut prévoir que les changements de spécification ou les modifications de délais pourront être adoptés en comité de pilotage selon un mode de décision à fixer (consensus ou majorité des membres par exemple).

Quels que soient les pouvoirs octroyés au comité de pilotage, il est certain que la création de ce dernier permettra de donner au contrat une plus grande flexibilité et donnera aux parties les moyens d'adapter les mécanismes contractuels aux réalités du développement de projet qui n'auraient pas pu être prévues au moment de la négociation et de la conclusion du contrat.

Section 9

Durée du contrat et résiliation

§ 1. LA DURÉE DU CONTRAT

1412. La durée du contrat est un élément important qu'il faudra préciser avec soin.¹ Toutefois, il conviendra de prévoir une certaine flexibilité à cet égard, afin de ne pas emprisonner les parties dans un contrat à la durée trop longue, laquelle rendra difficile le changement de prestataire dans des délais raisonnables, ou la possibilité de sortir d'un contrat qui ne représente plus l'intérêt qu'il représentait auparavant.

Une durée trop courte par contre pourrait entraîner le prestataire à bâcler ses services et à délivrer une solution non conforme pour ne pas devoir subir de pénalités ou payer des dommages et intérêts.² Il conviendra donc de fixer une durée qui soit à la fois réaliste et susceptible de modifications éventuelles pour permettre aux par-

1. A défaut de spécification de durée, le contrat pourra être résilié selon le droit commun, lequel commande néanmoins un préavis raisonnable.

2. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 91.

ties de s'adapter aux changements de circonstances (besoins, ressources, changements réglementaires,...).

1413. Il n'est pas rare que le contrat prévoie une reconduction tacite à la fin de la première période déterminée. Ce type de clause permet une certaine flexibilité pour les parties, dès lors que chacune pourra mettre un terme au contrat à chaque fin de période. Dans tous les cas, il s'agira évidemment de prévoir un préavis minimum à respecter en cas de résiliation pour que l'autre partie ne se retrouve pas dans une situation de surprise. Une telle clause n'est pas sans risque : il conviendra évidemment de respecter les modalités de résiliation contractuellement convenues sous peine que l'autre partie ne conclue à la non-recevabilité de la demande de non-reconduction du contrat.¹

§ 2. EFFETS DE LA RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT

1414. En cas de rupture anticipée, que celle-ci soit fautive ou non, il conviendra d'apporter la plus grande attention aux effets que cette résiliation aura sur le contrat. Ces effets seront évidemment différents selon que le contrat porte sur un développement de logiciel, la livraison de matériel, la livraison d'un progiciel, ou encore sur la maintenance.²

Le contrat pourra prévoir les conséquences de la rupture anticipée du contrat : restitution ou non du matériel, conservation ou non des développements informatiques réalisés, remboursement d'une partie du prix de la licence au prorata de la durée d'utilisation...³

1. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3868.

2. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 913.

3. Rappelons que la *résiliation* est généralement appelée à s'appliquer aux contrats à réalisation successive, dans les conditions précisées dans le contrat, alors que la *résolution* (judiciaire, unilatérale ou conventionnelle) est appelée, en principe, à s'appliquer avec effet rétroactif, ce qui peut évidemment entraîner des conséquences importantes pour les parties. A ce sujet voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., nos 912 et S. STIJN, D. VAN GERVEN & P. WERY, « Chronique de jurisprudence - Les obligations: les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 744, nos 155-156.

Section 10
Gestion des différends et sanction de la faute contractuelle

§ 1. GESTION DES DIFFÉRENDS

1415. En cas de différend, il sera souvent utile de prévoir un mécanisme permettant aux parties de discuter des problèmes et dysfonctionnements observés. En effet, suivre directement la voie de la résolution ou de la résiliation pour faute est une option qui ne sera pas nécessairement productive ni efficace, et surtout qui peut s'avérer coûteuse.

Ainsi par exemple, le contrat peut prévoir une « procédure d'escalade », obligeant les parties à reporter tout problème dans l'exécution du contrat à un niveau de décision plus élevé en cas d'échec des pourparlers. Cette procédure obligera les parties à chercher une solution à leur différend avant de saisir les tribunaux ou de rompre le contrat pour faute. La clause peut aussi interdire d'intenter toute action judiciaire avant que la procédure d'escalade ait été suivie.

Le comité de pilotage ou de gestion pourra, le cas échéant, être saisi des différends entre les parties et essayer de dégager une solution, dans le cadre d'une phase de conciliation.

1416. Il peut être souvent intéressant de confier les litiges à un médiateur si les efforts de conciliation ont échoué.¹ Ce médiateur essaiera de dégager une solution acceptable par les parties qui pourront se mettre d'accord sur le règlement amiable de leur litige. Ce médiateur pourra être un expert indépendant ; la procédure de médiation pourra également être confidentielle.²

Il se peut que le contrat oblige chaque partie à identifier précisément quel manquement elle reproche à l'autre et à lui en faire part par lettre recommandée et circonstanciée. Faute de respecter une telle obligation, l'autre partie pourra normalement considérer que les griefs qui lui ont été faits ne sont pas recevables.

En dernier recours, il est bien sûr possible aux parties de prévoir que le litige sera tranché par un tribunal arbitral ou judiciaire. Même si l'une des parties a rompu unilatéralement le contrat pour faute, il n'est pas exclu que l'autre partie conteste le bien-fondé de cette décision devant le juge.

1. Sur ce mode alternatif de résolution de litiges, voir P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 56, n° 1.62 et s.

2. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, *op. cit.*, n° 3874.

§ 2. LA SANCTION DE LA FAUTE CONTRACTUELLE

1417. Les sanctions de droit commun de l'inexécution des obligations contractuelles s'appliquent évidemment dans le cas de défaillance d'une des parties à un contrat informatique¹.

Rappelons que la mise en demeure préalable est considérée comme un préalable à la sanction de l'inexécution des obligations contractuelles.² Il s'agit d'un principe général de droit consacré par la Cour de cassation.³

En cas d'inexécution fautive d'une des parties, outre les possibilités d'invoquer l'exception d'inexécution⁴ et d'engager la responsabilité contractuelle de son partenaire, une partie pourra demander la **résolution judiciaire** du contrat avec dommages et intérêts ou demander l'**exécution forcée** du contrat.

1418. Cela étant, demander au prestataire défaillant de poursuivre l'exécution du contrat ne sera pas toujours satisfaisant pour le client, notamment lorsque la confiance avec le prestataire est rompue ou qu'il apparaît évident que le prestataire n'arrivera pas à ses fins. Devant ce constat, le client pourra opter pour la résolution judiciaire avec dommages et intérêts. Les manquements du prestataire doivent cependant revêtir une certaine gravité pour que la résolution soit accordée par le juge.⁵ Les parties peuvent également s'entendre préalablement sur ce qu'elles entendent par manquement grave à leurs obligations et ouvrant le droit pour l'autre à demander la résolution judiciaire du contrat.

1419. Soulignons que dans certains cas, où les manquements du prestataire et l'urgence sont tels que le client ne peut attendre l'issue d'une procédure judiciaire, le client sera susceptible d'exercer sa faculté de **remplacement unilatéral**. Cette faculté lui permettra de substituer un autre prestataire au prestataire défaillant, dans

1. Voir ce tome, n° 373 et s.

2. P. WERY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, pp. 294-297.

3. Cass., 9 avril 1076, *Pas.*, 1976, I, p. 887. Voir ce tome, n° 378.

4. Voir pour une application jurisprudentielle, Bruxelles, 11 décembre 2007, *inédit*, 2007/AR/2207, qui considère qu'il n'y a pas de proportion raisonnable entre la suspension de ses prestations par le fournisseur et le non-paiement partiel des factures par le client.

5. Voir H. JACQUEMIN, *op. cit.*, *R.D.T.J.*, n°35, p. 40, et les références jurisprudentielles appréciant la gravité des manquements justifiant une résolution du contrat ; S. STIJN, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 739, n° 144-145.

les conditions strictes définies par la jurisprudence et sous le contrôle *a posteriori* du juge.¹ Une clause modalisant cette faculté sera, le cas échéant, utile en cas de défaillance du fournisseur à laquelle le client doit faire face.

Les parties pourront également convenir d'une **clause compromissaire expresse** où elles se réservent le droit, dans les cas qu'elles déterminent, et sans passer par le contrôle préalable du juge, de décider de mettre fin au contrat unilatéralement.²

Section 11 Clause de benchmark

1420. Certains contrats, notamment de sous-traitance (outsourcing) sont des contrats d'assez longue durée.³ Le client souhaitera souvent pouvoir s'assurer que les conditions qu'il a négociées en signant le contrat restent, quelques années plus tard, encore conformes aux conditions du marché (et que, par exemple, il n'est pas occupé à payer un prix plus élevé que ce que propose le marché pour des services similaires). Pour ce faire, on pourra prévoir dans le contrat une procédure de « *benchmarking* » ou de comparaison.

L'idée est que l'une des parties (souvent, le client) pourra procéder à une comparaison entre les conditions du contrat et celles qu'offrent les autres fournisseurs pour des services comparables.

1421. Les questions à trancher lors de la rédaction de pareille clause sont nombreuses : quand le client peut-il y procéder (par exemple, seulement après la troisième année) ? Qui supporte le coût de cette analyse (uniquement le client, ou à frais partagés) ? Qui va réaliser l'étude de marché (le fournisseur peut-il refuser certains consultants, et pour quels motifs) ? Avec quoi le consultant chargé de l'analyse peut-il comparer les conditions du contrat en cours (uniquement avec les « meilleurs fournisseurs », ou uniquement avec des fournisseurs établis en Europe par exemple⁴) ? Comment va-t-il procéder (en axant sa comparaison sur les prix, ou en y intégrant une dimension de qualité) ?

1. P. WERY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 360, n° 66. Notons que le remplacement judiciaire, prévu par les articles 1143 et 1144 du Code civil, est possible, mais son application reste rare.

2. *Ibid.*, p. 335, n° 48.

3. Sur ces contrats, cf. n° 1465 et s.

4. L'enjeu est ici de savoir si des solutions d'outsourcing « offshoring » dans des pays à bas salaire peuvent entrer en ligne de compte ou si, au contraire, le consultant ne peut comparer les conditions contractuelles en cours qu'avec des offres de fournisseurs européens.

1422. C'est la question de savoir ce qui sera fait des conclusions de l'analyse qui soulève souvent de nombreuses discussions : si le consultant en *benchmarking* conclut par exemple que les prix pratiqués sont, à qualité égale, 10 % plus élevés que ce qu'offrent, si on fait la moyenne de leurs offres, les quatre concurrents principaux du fournisseur actuel, le fournisseur est-il contraint contractuellement d'aligner ses prix ? Ou ne rediscute-t-on que si, par exemple, la différence excède les 10 % (en admettant donc une marge) ? Ou le fournisseur ne s'engage-t-il qu'à rediscuter de bonne foi les conditions ? A défaut d'accord, le client peut-il mettre fin au contrat (et si oui, avec quelles conséquences) ?

Section 12 Clause d'audit

1423. Dans les contrats de longue durée, les parties souhaiteront parfois intégrer une clause d'audit. Elle a pour objet de permettre à l'une des parties de vérifier, en ayant accès aux locaux et/ou aux documents et systèmes informatiques de l'autre partie, si cette dernière respecte le contrat. Elle est fréquente dans les contrats de licence de logiciel, pour permettre à l'éditeur de vérifier (ou faire vérifier par un tiers désigné) si les conditions fixées pour l'utilisation du logiciel (nombre d'utilisateurs, nombre de serveurs, etc.) sont respectées par le client. Elle se retrouvera aussi souvent dans les contrats de sous-traitance pour permettre au client de s'assurer que le fournisseur exécute correctement et conformément au contrat les tâches qui lui ont été sous-traitées.

1424. Les questions qui se poseront notamment sont : quand la partie qui bénéficie de ce droit d'audit peut-elle l'exercer (par exemple, une fois par an seulement) ? Qui paie les frais de l'audit ? A quelles informations donnera-t-on accès ? Quelles sont les modalités d'exercice du droit (avertissement préalable ou non) ? Que fait-on des résultats de l'audit (mesures de correction mais aussi éventuellement sanction contractuelle) ?

Section 13 Clauses relatives aux droits intellectuels

1425. Les clauses relatives aux droits intellectuels figurent parmi les clauses essentielles de beaucoup de contrats informatiques.

1. On peut imaginer que les frais sont supportés par la partie prenant l'initiative d'exercer son droit d'audit, mais qu'ils seront à charge de l'autre partie si l'audit a révélé un non-respect du contrat sur certains points (par exemple, si les montants payés par l'utilisateur diffère de plus de 10 % des montants qu'il aurait dû payer s'il avait respecté correctement ses obligations contractuelles).

Distinguons-en essentiellement deux catégories :

- les clauses imposant le respect par chaque partie des droits intellectuels (préexistants) de l'autre ;
- les clauses réglant le sort des droits intellectuels sur les créations nouvelles.

Les premières n'appellent pas de commentaires très particuliers. Les secondes, en revanche, méritent qu'on s'y attarde.

Tantôt l'objet même du contrat consistera à créer des éléments nouveaux (un logiciel, un site Web, une base de données) sur lesquels existeront des droits intellectuels. Tantôt le contrat ne porte pas particulièrement sur la création d'éléments nouveaux mais les parties souhaitent, par avance, convenir d'une règle « pour le cas où » à l'occasion de l'exécution du contrat, l'une des parties développerait un élément susceptible de faire l'objet d'une protection par le biais des droits intellectuels.

1426. C'est évidemment surtout dans le premier cas qu'il faudra être particulièrement attentif aux dispositions contractuelles. Il faudra déterminer dans le contrat qui sera le titulaire des droits intellectuels sur les créations nouvelles (ou si, éventuellement, les droits font l'objet d'un partage). De même, dès lors qu'une des parties sera désignée comme titulaire des droits sur les créations nouvelles, il faudra déterminer si l'autre partie peut en obtenir une licence et, dans ce cas, ce que doit couvrir la licence (*cf. infra*).

1427. On sera attentif, si les droits en question sont des droits d'auteur et que l'auteur en est une personne physique, à respecter les règles impératives, de forme et de contenu, imposées par l'article 3 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins¹. Ainsi, dans cette hypothèse, faudra-t-il, à des fins probatoires, un écrit émanant de l'auteur et duquel il résultera que les droits d'auteur ont été cédés ou qu'une licence a été octroyée. Il faudra dans certains cas que la durée, la rémunération, l'étendue géographique de la cession ainsi que les modes d'exploitation fassent l'objet de mentions explicites et précises. L'écrit émanant de l'auteur s'interprétera, en cas de doute, en faveur de l'auteur.

1428. Les dispositions légales relatives aux contrats de cession et de licence de droits d'auteur sont beaucoup plus détaillées que dans le domaine des brevets et

1. Sur les règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur, *cf.* notamment A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Larcier, 2007 ; J.P. TRIAILLE, « Les nouvelles règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur et de la protection des programmes d'ordinateur », *Cah. jur.*, Bruylant, 1995, également in *Le droit des affaires en évolution, Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruylant/Kluwer, 1996, p. 187 et s.

nécessitent qu'on y soit très attentif, au risque sinon de se retrouver privé des droits que l'on avait l'intention (et l'impression) d'acquérir par contrat. La loi a toutefois prévu deux régimes qu'on a appelés « simplifiés » : pour les œuvres créées dans le cadre d'un contrat d'emploi et pour les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de commande dans le secteur non culturel¹. Dans ces deux cas, il faudra certes toujours un écrit émanant de l'auteur et une mention expresse de la cession ou de la licence, mais l'on ne sera pas obligé de procéder par des clauses aussi détaillées que celles qui s'imposent dans le cadre du régime qu'on dira « non simplifié ».

1429. On rappellera en outre que ces dispositions impératives de la loi sur le droit d'auteur ne sont d'application que si l'auteur est une personne physique : dans les contrats entre titulaires dérivés, c'est le droit commun qui s'appliquera. S'agissant de l'application des règles du droit commun aux contrats de cession et de licence, on rappellera les règles suivantes² :

- une licence tacite, de même que (mais plus difficilement) une cession tacite est possible, si cela résulte d'autres dispositions du contrat ou de l'attitude des parties elles-mêmes ;
- ces contrats de cession ou de licence devront s'exécuter de bonne foi ;
- le cédant ou le donneur de licence sont tenus, au même titre qu'un vendeur ou un bailleur, par la garantie d'éviction³ ; ils devront donc garantir au cessionnaire des droits ou au preneur de la licence une jouissance paisible de leurs droits. Cela signifie notamment qu'ils devront le tenir indemne contre toute action ou réclamation qui serait formulée par un tiers se prétendant titulaire des droits intellectuels en cause ;
- l'interprétation de ces contrats se fera suivant les règles d'interprétation du droit commun des contrats⁴.

1. On rappellera toutefois que, dans le secteur des logiciels, à l'inverse de ce qui prévaut pour le reste du droit d'auteur, l'employeur sera, sauf stipulation contractuelle contraire, présumé titulaire des droits d'auteur sur les programmes d'ordinateur créés par son employé (art. 3, L. du 30 juin 1994 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur).

2. *Cf.* sur ces questions, A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*

3. Sur cette clause de garantie d'éviction, *cf.* n° 1160.

4. Dans certains cas, des arguments tirés de la théorie de l'abus de droit ou de la théorie de l'apparence pourront être invoqués à l'encontre de certaines prétentions de titulaires de droits.

Section 14

Clauses d'une licence de droits intellectuels

1430. Une licence sera tantôt un élément accessoire d'un contrat tantôt son objet essentiel. On listera les points suivants parmi ceux qui devront, en général, faire l'objet de dispositions dans le contrat ou la clause de licence¹ :

- la licence est-elle exclusive ou non (exclusivité territoriale ou sectorielle)?
- est-elle limitée dans le temps ou octroyée pour toute la durée de la protection légale² ?
- quels sont les droits octroyés au preneur de la licence ? S'agit-il d'une licence d'utilisation ou d'exploitation ? Quels sont les actes autorisés au preneur de licence et quels sont les actes interdits ? La liste des actes autorisés est-elle exhaustive ? Pour une licence d'utilisation d'un logiciel, il faudra indiquer si le preneur de licence peut faire des copies du programme³, l'adapter, le mettre en réseau sur son intranet, le faire évoluer, etc. ;
- qu'advient-il des développements nouveaux éventuellement réalisés par le preneur de la licence ?
- sur quoi porte la licence ? Pour des logiciels, on distinguera selon qu'elle porte uniquement sur le code-objet du programme ou également sur les codes-sources ;
- la licence est-elle personnelle (et non cessible) ? C'est souvent le cas et, par défaut, on considère en général qu'un contrat de licence est un contrat *intuitu personae* ;
- à côté de la licence portant sur les droits intellectuels, y a-t-il également une licence sur le savoir-faire (know-how) accessoire à la technologie donnée en licence ?

1. A ce sujet, cf. notamment Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Larcier, 2007. On n'a pas mentionné ici, encore qu'ils peuvent être importants, les aspects fiscaux (notamment de *transfer pricing* en cas de licence intra-groupe), les règles de droit applicable, les liens avec d'autres contrats (de franchise, de distribution, de recherche et développement).

2. Signalons que même pour une licence octroyée pour toute la durée de protection légale (qu'on qualifie parfois de licence « irrévocable »), on pourra en invoquer la résiliation pour faute et y mettre fin si le preneur de la licence n'en respecte pas les conditions convenues.

3. La loi sur la protection juridique des programmes d'ordinateur contient certaines dispositions relatives à des exceptions impératives en faveur de l'utilisateur qui ont des conséquences sur la rédaction des contrats. Ainsi, l'utilisateur ne peut se voir interdire par contrat de faire une copie de sauvegarde du programme et ne peut (dans certaines conditions) se voir interdire de décompiler le logiciel.

- comment calcule-t-on le mode de rémunération de la licence ? On parle généralement de « royalties » pour les sommes dues par le preneur de licence : ces royalties sont-elles forfaitaires, payables en une seule fois au début, ou proportionnelles à l'utilisation (ou à l'exploitation) et payables sur une base annuelle ou trimestrielle ? Comment tient-on compte de ce que le périmètre d'utilisation (par exemple, le nombre d'utilisateurs) pourra évoluer ?
- comment est organisée la garantie d'éviction au bénéfice du preneur ?
- prévoit-on un droit d'audit au bénéfice du donneur de licence ?¹
- quel est le territoire autorisé au preneur de licence ?

1431. La clause de garantie d'éviction mérite quelques explications. C'est une garantie due au preneur en vertu du droit commun mais qui fait souvent l'objet de clauses longues et détaillées pour en modaliser l'application. Ces modalités auront parfois pour objet de diminuer la garantie, voire de l'exclure partiellement. Ainsi, elle pourra être plafonnée à un certain montant, se limiter à certains types de dommages (les frais de défense et les frais d'acquisition d'une solution de remplacement, par exemple), imposer que le preneur informe le donneur de licence dans des délais brefs, stipuler que le donneur aura, en cas de réclamation d'un tiers, la direction exclusive de la procédure et de la négociation, etc.

1432. Souvent, les contrats de licence sur des logiciels standard seront conclus non pas par le biais d'un contrat écrit (papier) mais par la technique du « *shrink wrap* », à savoir que l'utilisateur est censé avoir accepté les conditions de la licence dès l'instant où il déchire l'emballage cellophane dans lequel le support est commercialisé (ce qui suppose évidemment qu'il ait pu prendre connaissance, avant de ce faire, des conditions de la licence) ou, plus souvent encore, en acceptant, par un clic de sa souris, le texte des conditions générales de licence qui s'affichent à l'écran lors du lancement du programme sur son ordinateur (ou du téléchargement sur Internet), à défaut de quoi le programme ne pourra être installé ou téléchargé ; on parle souvent dans ces cas d'une conclusion par un « *click wrap* »².

Section 15

Clause de réversibilité

1433. La « réversibilité » concerne la possibilité pour le client, à la fin d'un contrat (souvent mais pas uniquement, d'un contrat d'outsourcing), de reprendre en

1. Sur la clause d'audit, cf. n° 1423.

2. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., p. 588 et s.

interne la gestion des prestations qui avaient fait l'objet du contrat, ou de changer de fournisseur.

Cette question de la sortie du contrat est importante dans beaucoup de contrats informatiques.

1434. Pour tenter de garantir une **réversibilité aisée**, on songera notamment aux points suivants dans les clauses de réversibilité¹ :

- prévoir que le fournisseur maintienne à jour une documentation détaillée sur les services sous-traités et sur la manière dont le fournisseur les assure – documentation que le client aura le droit de recevoir en fin de contrat ;
- prévoir l'établissement par les parties, avant la fin du contrat, d'un plan détaillé (« **plan de retransition** ») décrivant le processus de sortie et les obligations des parties dans cette phase de retransition ;
- prévoir éventuellement une obligation générale du fournisseur de coopérer de bonne foi aux opérations de sortie du contrat (quitte évidemment à ce que ces services fassent l'objet d'une facturation) ;
- prévoir une procédure de réception des prestations de retransition du fournisseur (avec paiement partiellement différé des prestations).

Section 16 Autres clauses fréquentes

§ 1. CLAUSE DE NON-DÉBAUCHAGE

1435. Souvent, le prestataire voudra éviter que son personnel, ayant travaillé longtemps chez le client et s'étant familiarisé avec le logiciel développé, ne soit débauché par le client pour exercer les mêmes fonctions et mettre ses compétences à son service sans passer par le prestataire.

Il est également possible que le client veuille se préserver de toute tentative du fournisseur d'engager son personnel, ce dernier ayant été formé par le prestataire à l'utilisation de la solution informatique livrée.

1. Cf. également J.P. TRIAILLE, « L'outsourcing du développement de logiciels vers les pays à bas salaire », *Revue du droit des technologies de l'information (R.T.D.I.)*, 2004, n° 20, pp. 25-35, au sujet des clauses à prévoir dans les contrats d'outsourcing pour éviter une trop grande dépendance du client par rapport à son fournisseur.

1436. La **clause de non-débauchage** (également appelée **clause de non-sollicitation**) peut être un moyen de compléter l'**obligation de confidentialité**.¹

Il conviendra notamment, lors de la rédaction d'une telle clause, de définir qui est le personnel concerné par cette interdiction, la durée de celle-ci, et la sanction du non respect éventuel de la clause.²

§ 2. CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

1437. Souvent, le client souhaitera que son investissement dans le développement d'une solution adaptée à ses besoins ne soit pas récupéré par ses concurrents. Il se peut également que le fournisseur veuille éviter que le client ne propose à son tour, fort de son expérience, une solution informatique concurrente à celle vendue.

Dans ce cas, une clause de non-concurrence pourra interdire à l'une ou l'autre partie de concurrencer l'autre.

La clause peut ainsi interdire à une partie de démarcher certains clients (par exemple les concurrents de la partie bénéficiaire de l'obligation de non-concurrence) ou de développer un logiciel similaire ou identique pendant une certaine période de temps.

Cette clause de non-concurrence devra être libellée avec soin et précision afin de ne pas porter atteinte au droit de la concurrence, puisqu'elle restreint la capacité des parties de proposer leurs services sur certains marchés. Elle devra nécessairement être limitée dans le temps.

§ 3. CLAUSE DE PUBLICITÉ

1438. Il est fréquent que le prestataire veuille mentionner publiquement le nom de son client pour pouvoir l'utiliser en tant que référence afin de promouvoir ses activités. Ainsi, il pourra obtenir l'autorisation de citer le nom de son client, voire d'utiliser ses logos ou marques pour les référencer sur sa documentation de prospection.

Il arrive également que le client ne veuille pas que son nom soit mentionné par le prestataire et lui interdise de faire toute publicité autour du contrat conclu. La clause devra mentionner le cas échéant la publicité qui sera autorisée et selon quel-

1. P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 50, n° 1.52.1.

2. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, n° 68.

les modalités elle pourra avoir lieu (autorisation préalable, uniquement sur certains médias, règles d'utilisation des logos du client,...).¹

Chapitre IV

Quelques contrats fréquents

On abordera dans cette dernière partie quatre contrats fréquents dans la pratique : le contrat de développement d'un logiciel sur mesure, le contrat de maintenance, le contrat d'outsourcing et le contrat de création d'un site Web. On terminera par quelques explications sur le phénomène des **logiciels libres** ou « **open source** » et des licences qui y sont liées.

Section 1

Contrat de développement de logiciel sur mesure

§ 1. OBJET ET NOTION

1439. Le développement d'un logiciel spécifique consiste en la conception et l'élaboration d'un programme afin de répondre aux besoins d'un client. A la différence d'un logiciel standard (progiciel), ce contrat porte sur l'exécution d'une œuvre future, encore à réaliser.

Il conviendra donc de déterminer avec précision l'objet de contrat. En termes de technique contractuelle, on essaiera de préférence de situer les circonstances du projet dans un préambule afin de préciser dans les grandes lignes les besoins du client, les compétences du développeur, le résultat espéré, les services prestés, et éventuellement le cadre factuel et réglementaire dans lequel le client espère pouvoir utiliser le logiciel développé.

1440. Souvent, un tel projet se déroule en plusieurs phases.¹ Dans un premier temps, le client établira un cahier des charges pour déterminer au mieux ses besoins et ses attentes. Ce cahier des charges lui permettra de lancer un appel d'offres parmi plusieurs fournisseurs.

Le fournisseur établira, dans un deuxième temps, une analyse fonctionnelle et/ou technique, qui répondra aux attentes exprimées du client (et à ses attentes non exprimées le cas échéant, en vertu du devoir de conseil du fournisseur).

1. Voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, op. cit., n° 66.

1. P. LE TOURNEAU, op. cit., p. 162, n° 4.30 ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3868.

Une analyse de développement (ou **analyse organique**) permettra de planifier et d'organiser le développement du logiciel et d'identifier les modules à développer.

Vient ensuite la **phase de développement, de programmation** proprement dite, qui consiste en l'écriture du logiciel commandé.

L'**intégration** de l'ensemble clôturera éventuellement les prestations : il s'agit du travail consistant à assurer la cohérence du système et sa capacité à répondre aux besoins du client et à intégrer le logiciel dans l'environnement du client.

A ce contrat de développement se greffera le plus souvent un **contrat de maintenance**, par lequel le fournisseur s'engagera à mettre à jour, adapter et transformer le logiciel en fonction des évolutions futures des besoins du client.

Soulignons qu'il est de plus en plus fréquent que le contrat de développement de logiciel soit couplé à un contrat de licence portant sur certains progiciels nécessaires à la réalisation du projet complet.

§ 2. QUALIFICATION JURIDIQUE

1441. Il s'agit d'un contrat par lequel une partie (le fournisseur) s'engage à faire quelque chose (écrire le programme d'un logiciel) pour le compte de l'autre partie (le client) moyennant un prix convenu. Il s'agit donc d'un **contrat de louage d'ouvrage**, ou **d'entreprise**, conformément à l'article 1710 du Code civil.¹

Notons que le contrat de développement de logiciel sera à considérer comme un contrat de commande au sens de l'article 3, § 3, al. 2 de la loi du 30 juin 2004 relative aux droits d'auteur.² En vertu de cette disposition, si l'auteur est une personne physique, la cession de droits sur l'œuvre future est possible si la cession est expressément prévue. En outre, les règles sur l'obligation d'énumérer les modes d'exploitation, l'étendue et la durée de la cession, et la rémunération de l'auteur ne s'appliquent pas.³

1. Y. POULLET, « Contrats portant sur la fourniture de logiciels », in *Le droit des « contrats informatiques » : principes, applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, n° 4, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 341 ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et l'Internet*, op. cit., p. 70, n° 28 et références citées ; *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 963.

2. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et l'Internet*, op. cit., p. 70, n° 28.

3. Il sera parfois utile de prévoir que les droits de propriété intellectuelle sur le logiciel sont transférés au fur et à mesure du développement du logiciel, pour éviter les incertitudes sur le moment du transfert et limiter le risque que le client se retrouve sans aucun droit sur le logiciel en cas de faillite ou de manquement du fournisseur ; cf. également n° 1427 et s.

§ 3. LES OBLIGATIONS DES PARTIES

1442. Le contrat de développement entraîne pour les parties les mêmes obligations générales que celles existant pour les autres contrats informatiques. Ainsi, le prestataire devra assurer ses obligations de conseil, de délivrance et de conformité, alors que le client devra collaborer avec le prestataire, payer le prix convenu, et réceptionner le logiciel spécifique.

En ce qui concerne l'**obligation de conseil du prestataire**, il semble que celle-ci soit renforcée dans le cas d'un logiciel sur mesure, dans la mesure où les analyses préalables du fournisseur devront permettre de s'assurer que le logiciel correspond aux besoins du client et où il devra s'assurer de conseiller le client tout au long de la phase de développement (notamment eu égard au matériel requis, aux logiciels nécessaires, etc.).¹

L'**obligation de délivrer une chose conforme** qui pèse sur le prestataire devra être appréciée au regard des spécifications techniques et fonctionnelles qui ont été définies au préalable dans le contrat. Il s'agira donc de prêter une attention toute particulière à la description des prestations et du résultat qui est attendu de la part du fournisseur, lequel sera considéré comme défaillant si le logiciel ne répond pas aux performances annoncées.²

L'**obligation de payer le prix** qui incombe au client peut être sujette à plusieurs modalités, notamment dans les contrats de développement de logiciels spécifiques. En effet, souvent, le contrat stipulera que le prix sera payable en plusieurs tranches, au fur à mesure que le projet avance, jusqu'à la réception définitive. Le contrat pourra également prévoir si le prix est déterminé au forfait ou en régie.

Quant à l'**obligation de collaboration**, rappelons que le client est tenu de donner son assistance au prestataire et de communiquer avec lui sur tous les aspects du projet. Ainsi, il a été jugé que ne pas répondre aux interrogations multiples du prestataire qui demandait de valider ses produits peut constituer une faute contractuelle.³

1. *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 966.

2. Liège, 24 juin 1999, *R.D.C.*, 1998, p. 525.

3. Cass. Fr., 1^{er} Ch. civ., 2 octobre 2001, *Expertises*, 2002, n°256, p. 72, note G. FLAMBARD.

§ 4. CLAUSES ET OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES

A. La titularité des droits de propriété intellectuelle

1443. Le client ayant financé le développement du logiciel, il est légitime qu'il veuille être le propriétaire des droits de propriété intellectuelle étendus sur le logiciel. Or, le transfert des droits de propriété intellectuelle sur un logiciel spécifique n'est pas automatiquement acquis au client. Il est conseillé de prévoir une **clause de cession expresse** pour lui conférer les droits de propriété intellectuelle sur le logiciel.¹ Détenir l'ensemble des droits de propriété intellectuelle rendra le client indépendant du fournisseur puisqu'il sera habilité à le modifier, le maintenir ou encore le commercialiser sans l'autorisation du prestataire. Sans cession complète des droits sur le logiciel ou sans licence sur certains droits, le client jouira uniquement d'un droit d'utilisation plus ou moins étendu.²

1444. Le développement de logiciels spécifiques fait de plus en plus souvent appel à d'autres **logiciels standards**, sur lesquels il n'est souvent pas possible d'obtenir plus qu'une licence. De plus, l'incorporation de **logiciels « libres »**, soumis à des conditions d'utilisation très spécifiques, empêche parfois le transfert pur et simple de la propriété intellectuelle d'un logiciel contenant certains modules soumis à une licence libre.³ Obtenir le transfert de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle sur la solution informatique sur mesure ne sera pas toujours possible, dès lors que le fournisseur n'est peut-être pas détenteur de ces droits en question (cas du logiciel standard incorporé dans sa solution informatique) ou que l'utilisation d'un logiciel libre l'oblige à se soumettre à des conditions de licence ne permettant pas de transférer certains droits à son client.

B. La communication et le sort des codes-sources

1445. Il faut que le sort des codes sources fasse l'objet d'une clause déterminant dans quelles conditions ces sources devront être communiquées au client, et le cas échéant, selon quelles modalités elles seront déposées chez un tiers dépositaire qui aura pour mission de les conserver.

1. E. MONTERO, *Le droit des contrats informatiques et de l'internet*, op. cit., p. 96, n° 54.

2. Voir à ce sujet Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 976.

3. Ainsi, certaines licences libres sont dites « contaminantes » ou « copyleft » et obligent à soumettre le logiciel propriétaire incorporant le logiciel sous licence libre aux mêmes conditions d'utilisation que ce dernier. Ainsi, le logiciel incluant le module « libre » deviendra lui-même utilisable par toute personne répondant aux conditions d'utilisation de la nouvelle licence libre (exemple de licence contaminante : la General Public License et la licence CeCILL). Sur ce sujet, cf. n° 1483 et s.

Disposer des sources est essentiel pour le client s'il ne veut pas dépendre de son fournisseur pour assurer la maintenance, adapter ou faire évoluer la solution informatique livrée. La question est donc particulièrement importante dans le cas du développement d'un logiciel spécifique dès lors que l'économie du contrat commande le plus souvent que la propriété des sources soit transférée au client.

C. La réception et la documentation

1446. Prévoir des clauses de réception précises qui permettent de s'assurer que le logiciel développé correspond aux stipulations contractuelles et aux attentes du client sera primordial.

En effet, à la différence du logiciel standard, le développement d'un logiciel spécifique nécessitera plusieurs phases de tests avant que la solution livrée corresponde à ce qui avait été commandé par le client.

Une **double phase de réception**, provisoire et définitive, permettra de prévoir dans un premier temps des tests effectué par le client ou conjointement avec le fournisseur afin d'identifier les bugs et erreurs à corriger, et de dresser soit une liste des anomalies bloquantes, empêchant généralement une réception provisoire, soit un procès-verbal de réception provisoire assorti de réserves et donnant un délai déterminé au fournisseur pour qu'il corrige les erreurs avant la réception définitive.¹

1447. Il conviendra également que le fournisseur communique au client la documentation relative au logiciel développé et permettant au client de l'utiliser, le modifier et le maintenir. La documentation pourra être communiquée sur tout support pertinent et une clause pourra prévoir une mise à jour périodique de cette documentation afin de garantir qu'elle renvoie à la dernière version du logiciel développé. Eventuellement, la langue de la documentation sera spécifiée et les parties pourront convenir que la communication de la documentation devra être accompagnée d'une formation donnée par le prestataire au personnel du client pour une meilleure information.

*Section 2**Le contrat de maintenance*

1448. Le système informatique devra le plus souvent faire l'objet d'un suivi afin d'en assurer la pérennité. En effet, les logiciels et le matériel informatique, pour rester efficaces, doivent souvent faire l'objet d'une mise à jour afin d'assurer, par exemple, la compatibilité du matériel et des logiciels avec le nouvel environnement

1. Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 974.

qui les entoure, d'adapter le logiciel aux nouvelles fonctionnalités qui seront ajoutées au système, ou encore de corriger les erreurs qui ne sont plus couvertes par la garantie du fournisseur.

Le champ d'application de l'obligation de maintenance dépendra évidemment des stipulations contractuelles prévues et de l'enjeu économique qui se cache derrière la nécessité de mettre le système informatique livré à jour.¹

1449. La maintenance pourra être prévue dans le contrat de licence ou de développement spécifique qui aura été conclu, ou dans un contrat séparé qui précisera les contours de l'obligation de maintenance. En effet, la maintenance n'étant pas un droit automatique pour le client, il conviendra de préciser les contours de cette obligation dans des clauses appropriées pour permettre aux parties de savoir dans quelles conditions la maintenance sera assurée. Nous tentons ci-dessous d'identifier quelques points importants relatifs à cette obligation de maintenance.²

Il y a différentes catégories de contrats de maintenance, qu'on décrit ci-après.

§ 1. MAINTENANCE DU MATÉRIEL

1450. La maintenance peut évidemment couvrir le matériel fourni à l'acheteur. Cette maintenance aura trait à la réparation du matériel (ordinateurs, terminaux, serveurs,...) qui aura été mis à la disposition du client.

Le remplacement des pièces défectueuses ou la remise en route d'un système en panne pourront ainsi faire l'objet d'une intervention de la part du fournisseur ou d'un tiers si la garantie du matériel fourni est assurée par le fabricant ou un concessionnaire de ce dernier.

De même, dans le cadre d'une maintenance-adaptation, il doit également être possible d'adapter le matériel mis à disposition du client pour suivre l'évolution technologique. Ainsi, si des performances plus avancées peuvent être obtenues avec un matériel adapté, il peut être intéressant pour le client de prévoir une maintenance relative au matériel, stipulant par exemple une obligation de conseil et d'audit pour le fournisseur quant au suivi de l'environnement informatique dans lequel le système est appelé à travailler.³

1. Voir à ce sujet G. DEWULF, M. SCHAUSS et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel - aspects juridiques et techniques*, op. cit., p. 19 et s.

2. Voir E. de LOPHEM et O. CRUYSMANS, « Les clauses particulières au contrat de maintenance », *Le droit des contrats informatiques : principes, applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, n° 4, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 389 et s.

3. Voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n° 983 et s.

§ 2. MAINTENANCE DU LOGICIEL

La maintenance peut aussi couvrir le logiciel. Dans ces cas, elle peut recouvrir des réalités fort différentes dont il est difficile d'établir une typologie exacte et partagée par tous.

A. La maintenance corrective

1451. Souvent, le logiciel devra faire l'objet de nombreuses corrections pour être conforme aux spécifications techniques et/ou fonctionnelles qui ont été décrites dans le contrat.

En effet, un logiciel exempt de tout bug est une « vue de l'esprit » et il serait erroné de croire que le développement d'un logiciel aboutisse à une solution parfaite et non sujette à des corrections.¹

1452. Le budget qui devrait être prévu pour assurer les corrections des erreurs du logiciel est souvent conséquent. Dès lors, il conviendra de déterminer avec précision les erreurs qui seront couvertes par la maintenance corrective, afin de bien les différencier des interventions couvertes par les autres types de maintenance (et qui peuvent faire l'objet de budgets ou de tarifications différentes).

1453. La définition des « bugs » ou « anomalies » ou « erreurs » sera évidemment primordiale pour s'assurer que les corrections soient effectuées sous le couvert de la maintenance-corrective.² Une **définition fonctionnelle de l'erreur** sera préférable afin d'éviter de lister toute une série de spécifications techniques qui devraient se retrouver dans le logiciel et qui ne rencontreront pas les fonctions visées par le logiciel et souhaitées par le client.

B. La maintenance-adaptation

1454. Cette autre catégorie de maintenance vise plus particulièrement les adaptations qui seront nécessaires suite aux changements d'environnement technique ou réglementaire qui suivront la livraison du logiciel.

On peut considérer que cette maintenance ne couvre pas les erreurs de conception du logiciel, mais bien son suivi, à savoir l'adaptation du logiciel aux nouvelles

1. Voir R. LESUISSE, « Aspects techniques de la maintenance de logiciel », *La maintenance de logiciel*, Cahiers du CRID, n°3, Bruxelles, E Story-Scientia, 1989, p. 9.

2. Pour des exemples de domaines d'intervention de maintenance, voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 987.

données qui se présenteront forcément dans le futur et qui ne pouvaient pas être définies avec précision au moment de la conclusion du contrat.¹

La maintenance-adaptation permettra d'adapter le logiciel aux évolutions réglementaires que devrait connaître le logiciel pour s'adapter à ces nouvelles données (légal, comptables, réglementaires, ...).

On pourra aussi songer aux cas où le logiciel est devenu obsolète ou doit être adapté aux nouveaux systèmes d'exploitation qui sortiront dans le futur. Il s'agira de déterminer avec précision les besoins de performance du client pour pouvoir évaluer par la suite si des interventions du fournisseur sont nécessaires dans le cadre de la maintenance-adaptation.

C. La maintenance-évolution

1455. Ce type de maintenance est appelé à couvrir les besoins nouveaux du client : soit ce dernier exprimera de nouvelles demandes ou fonctionnalités, soit il demandera que les performances soient revues à la hausse pour permettre une plus grande rapidité d'exécution par exemple.

Ce type de maintenance devra faire l'objet de descriptions détaillées quant au mode d'intervention, aux tarifs, ou encore au type de services qui seront fournis.

En effet, les évolutions futures et les besoins non exprimés du client ne permettent pas de prévoir avec précision quels engagements le fournisseur entendra prendre à l'égard du client : le plus souvent, une nouvelle commande fera l'objet de négociation entre les parties sur une base qui pourra éventuellement être prévue dans le contrat de base (tarification, délais d'intervention, établissement d'une analyse préalable d'analyse des besoins,...). Si l'évolution du logiciel est importante, il se peut qu'elle nécessite un nouveau contrat de commande ou de développement, moins proche d'une obligation de maintenance que d'une nouvelle obligation de développement.²

1456. Notons également que la maintenance peut prévoir la livraison des nouvelles versions du logiciel. Ces nouvelles versions (« releases ») sont souvent des versions améliorées du logiciel et il sera intéressant pour le client de prévoir que le fournisseur lui délivre régulièrement les versions développées.

1. Pour un exemple de maintenance-adaptation suite à des modifications de normes légales, voir Civ. Namur, 26 avril 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 489 et note E. MONTERO, « Contrat de maintenance logiciel et changement de législation ».

2. Voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 1003 et exemples cités.

Dans ce cas, il conviendra d'établir la périodicité des livraisons, leur prix, et éventuellement de préciser que les versions ultérieures devront rester compatibles avec l'environnement informatique du client, faute de quoi celles-ci seront inutilisables. Il sera dès lors intéressant pour le client de se réserver le droit de refuser une version incompatible avec son environnement informatique s'il le décide. Dans cette hypothèse, le fournisseur pourra, s'il le souhaite, se réserver le droit de ne plus assurer ses services de maintenance, dès lors que cela l'obligerait à intervenir sur une version du logiciel qui n'est plus utilisée par la majorité de ses clients et qui rendrait dès lors la maintenance plus difficile à assurer.

§ 3. LES MODALITÉS DE LA MAINTENANCE

A. L'autonomie du contrat de maintenance

1457. Le client n'est pas obligé de souscrire à un contrat de maintenance. Il lui est loisible d'acquérir le logiciel ou le matériel informatique sans prévoir que ce dernier fera l'objet d'une maintenance.

1458. Ainsi, la maintenance n'est pas forcément liée au contrat principal de fourniture informatique. Il est même conseillé de prévoir que les deux obligations (de délivrance ou de développement d'un système et de maintenance) sont autonomes, au risque de voir les deux opérations considérées comme interdépendantes : en effet, la maintenance peut être vue comme un accessoire au contrat principal de licence, dont la résolution pourrait donner lieu à la résolution du contrat de maintenance. Cette question renvoie à celle de **l'indivisibilité des contrats informatiques** lorsqu'une opération comporte plusieurs contrats ou plusieurs obligations connexes, participant à un même objectif mais pas forcément juridiquement dépendantes l'une de l'autre.¹

Si les parties décident de rendre le contrat de maintenance indépendant de toute autre prestation, il conviendra qu'elles le précisent expressément dans le contrat : cet aménagement contractuel permettra d'éviter de longues discussions en cas de non exécution d'un des contrats.²

Ainsi, préciser que la maintenance peut être conclue avec un autre prestataire et n'est pas liée au contrat de développement permettra de s'assurer d'une plus grande indépendance vis-à-vis du fournisseur dès lors que ce dernier pourra être remplacé sans pour autant se désengager du contrat de développement conclu.

1. Voir P. LETOURNEAU, « Contrats informatiques et électroniques », *op. cit.*, n° 0.21 et s.

2. Sur les dangers de l'isolationnisme contractuel, voir E. MONTERO, « Les contrats informatiques et de l'Internet », *op. cit.*, n° 9 et s.

Dans certains cas, à côté d'un contrat de maintenance destiné à corriger les erreurs et problèmes, le fournisseur propose un contrat de support ou d'assistance, permettant au client de faire appel à l'aide du fournisseur même en dehors des cas d'erreurs.

B. La durée du contrat de maintenance

1459. Logiquement, le contrat de maintenance commencera à partir de la fin de la garantie afin de ne pas faire double emploi avec cette dernière. Cela est d'autant plus vrai pour la maintenance corrective qui a précisément pour objet de corriger les éventuelles erreurs de programmation du logiciel.

Il sera peut-être utile de préciser que la maintenance ne pourra pas courir avant la réception définitive des travaux et qu'avant ce moment, les corrections seront exécutées dans le cadre de la garantie légale ou conventionnelle. Les interventions devraient alors être comprises dans le prix du développement informatique et ne pas être facturées au prix convenu pour la maintenance.

1460. Les contrats de maintenance sont souvent conclus pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée tacitement renouvelable.¹ Il conviendra dans tous les cas de permettre au client de disposer d'un préavis suffisant en cas de fin de contrat de maintenance, afin de lui permettre de trouver un prestataire qui pourra reprendre la maintenance dans les meilleures conditions.² A cette fin, il sera important de prévoir les modalités de fin de maintenance et de transition entre les deux prestataires : transfert de la documentation, communication des sources, formation éventuelle, acquisition des droits de propriété intellectuelle nécessaires pour assurer la maintenance³...

De même, il conviendra de préciser les circonstances dans lesquelles la maintenance pourrait éventuellement être suspendue, afin d'éviter les scénarios où le fournisseur estimerait pouvoir suspendre les prestations de maintenance pour tout différend qui serait rencontré dans l'exécution du contrat. Il s'agit ici de modaliser

1. Sur la durée de la maintenance, voir notamment P. LETOURNEAU, « Contrats informatiques et électroniques », *op. cit.*, p. 239, n° 7.19.

2. Pour un cas de suspension de la maintenance à bref délai, voir Comm. Paris, 19 juin 1992, *Expertises*, 1992, p. 386.

3. Rappelons que la maintenance ne pourra être assurée que si le (nouveau) prestataire dispose des codes sources mais également des droits pour assurer la maintenance. Il conviendra de s'assurer que si le premier prestataire n'a pas cédé ses droits de propriété intellectuelle au client, il soit néanmoins obligé d'accepter que les droits nécessaires à la maintenance soient transférés au client pour permettre au nouveau prestataire de le remplacer. A défaut, le client risque de se retrouver dépendant du premier prestataire qui pourrait refuser de céder les codes sources et/ou les droits nécessaires à la maintenance.

les conditions de l'exception d'inexécution afin que le manquement donnant droit à la suspension des prestations de maintenance soit suffisamment grave, pour éviter la paralysie des activités du client en cas de litige.¹

C. Les conditions des prestations de maintenance

1461. Souvent, le fournisseur s'engagera à intervenir pour assurer la maintenance dans certaines conditions et prévoira les modalités de son intervention (délai, tarifs, modes d'avertissement, etc...). Il sera également fréquent que le contrat prévoit des cas dans lesquels l'obligation de maintenance ne s'applique pas : faute du client, modification du logiciel par le client, non-respect des conditions d'utilisation,...

Ces causes d'exclusion de la maintenance auront toute leur importance puisqu'elles n'obligent pas le fournisseur à intervenir, ou en tout cas à intervenir dans les délais et conditions prévus au contrat de maintenance.²

Le contrat de maintenance devra mentionner avec précision quelles sont les modalités d'intervention du fournisseur. Ainsi, il conviendra idéalement de préciser notamment :

- le délai d'intervention du fournisseur³ ;
- le type de maintenance : helpdesk par téléphone, intervention à distance, intervention sur place⁴ ;
- les délais de remise en état⁵ ;
- les heures de disponibilité et d'intervention (heures de bureau, possibilité d'intervention le week-end,...)⁶ ;
- les compétences du personnel intervenant ;

1. A ce sujet, voir E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et du commerce électronique*, *op. cit.*, n° 76 et références citées.

2. Des conditions différentes d'intervention peuvent être prévues à cet égard.

3. Les échéants, ce délai peut être différent selon le type de maintenance à assurer ou selon le type d'erreur ou de prestation : résolution de bug bloquant ou pas, importance de l'intervention pour les activités du client, etc.

4. Ces différentes interventions peuvent faire l'objet d'une procédure dite d'escalade, où, par exemple, le fournisseur tentera de résoudre le problème à distance avant de se déplacer.

5. Sur la célérité de l'intervention, voir « Contrats informatiques et électroniques », *op. cit.*, n° 7.26 ; les délais d'intervention et de remise en état peuvent être différents, puisque l'intervention ne garantit pas la résolution du problème.

6. *Ibid.*, n° 7.27.

- la manière dont le client doit avertir le fournisseur, et les délais dans lesquels l'appel à la maintenance doit être communiqué au fournisseur.

1462. Il est également fréquent de rencontrer un **plan de « qualité de services »**¹ qui déterminera les performances que devrait idéalement atteindre le logiciel ou le système installé. Un taux de disponibilité peut concrétiser un degré de performance attendu par le client et qui devrait être assuré par le prestataire de maintenance.²

D. Le prix de la maintenance

1463. Le paiement de la maintenance est souvent périodique, et sera fréquemment calculé en fonction du prix du développement, dont il représente une suite logique. Ainsi, une maintenance conclue pour un tarif annuel entre 10 et 20 % (voire au-delà) du prix de la licence ou du développement est une clause courante. La reconduction de la maintenance peut évidemment donner lieu à des clauses d'ajustement ou d'indexation afin de s'aligner sur l'augmentation des coûts.

Le contrat de maintenance est un contrat de louage d'ouvrage : la détermination d'un prix fixe n'est donc pas une condition de validité du contrat. Toutefois, la fixation du prix ne pouvant dépendre de la seule volonté d'une partie³, il conviendra que ce prix soit déterminable.

Ce prix dépendra de plusieurs facteurs, comme la nature des prestations, la couverture géographique, le nombre de sites, le prix des pièces de remplacement, ...⁴

1464. Deux options peuvent être choisies : les prestations de maintenance sont rémunérées soit forfaitairement, soit en régie. Dans le premier cas, le prix sera le plus souvent périodique et couvrira une période plus ou moins longue pendant laquelle les prestations de maintenance seront assurées. Ce prix est souvent déterminé en fonction du prix du développement du logiciel maintenu, ou sur la base du prix de la licence.

Dans le second cas (facturation en régie), il conviendra de déterminer soigneusement le prix de chaque prestation (déplacements, pièces de rechange, niveau d'expérience du personnel de maintenance). On rencontre le plus souvent la for-

1. Ou « SLA » pour « *Service Level Agreement* » en anglais.
2. Ainsi par exemple, une garantie de taux de disponibilité de 99 % par semaine ou une indisponibilité maximum de 1 % maximum par mois peuvent permettre de déterminer le seuil d'intervention du prestataire.
3. Comm. Lyon, 30 mai 1989, *D.I.T.*, 1994/2, p. 26.
4. Voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3972.

mule du prix par jour/homme, qui correspond au prix pour une journée d'intervention par un membre du personnel du prestataire informatique.

Il se peut également que les parties conviennent d'une formule mixte où le prix sera déterminé pour une partie forfaitaire, comprenant un certain nombre de jours/hommes, au-delà duquel le client devra payer en régie.

Vu la durée moyenne des contrats de maintenance et les possibles variations de prix du matériel, de la main-d'œuvre, ou des licences à acquérir, il est fréquent que les parties conviennent d'une **clause d'indexation du prix**, voire de révision.¹

Section 3

Le contrat d'outsourcing

§ 1. INTRODUCTION

1465. Le contrat dit « d'outsourcing » est l'un des contrats informatiques importants, donnant lieu à des opérations d'envergure, aux budgets fort élevés, qui peuvent impliquer des délocalisations, des réorganisations, parfois un volet social et des licenciements².

L'objet du contrat consiste, pour le client, à confier, souvent pour une longue durée, à un prestataire externe, des tâches jusqu'alors assurées en interne. Sur le plan juridique, on peut discuter de sa qualification ; il s'agit d'une combinaison d'un contrat d'entreprise et d'un contrat de sous-traitance³. L'outsourcing existe dans de nombreux domaines, l'informatique est l'un de ses secteurs d'application.

1. Pour un exemple de formule de révision, voir *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3977.
2. On parle parfois aussi de contrat de sous-traitance, d'externalisation, ou (en France) d'infogérance ou de *facilities management*. Sur le contrat d'outsourcing en général, cf. M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE, *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Bruxelles, Bruylant, 2002. Également, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Guide, solutions et applications...*, op. cit., n° 3816 et s. ; S. DE KEYSER et K. DE VULDER, *Strategische outsourcing: een analyse van de contractuele aanpak*, Kluwer, 2004 ; J.P. TRIAILLE, « L'outsourcing du développement de logiciels vers les pays à bas salaire », *Revue du droit des technologies de l'information (R.D.T.I.)*, 2004, n° 20, pp. 25 à 35.
3. On parle parfois à tort de contrat d'outsourcing à mauvais escient, pour viser des hypothèses dans lesquelles un client conclut un contrat pour l'acquisition de services nouveaux, dont il ne bénéficiait pas jusqu'alors. On ne devrait pourtant parler d'un « outsourcing » que quand la mise en œuvre du service entraîne qu'un service « sorte » (d'où l'appellation parfois utilisée de contrat d'« externalisation ») de l'entreprise du client et soit à l'avenir confiée (sous-traitée) à un fournisseur.

Une opération d'outsourcing est souvent un processus lourd, qui se prépare longtemps à l'avance, qui doit être mûrement réfléchi et se matérialiser par un contrat détaillé. Chaque opération est très spécifique à l'environnement du client, en sorte qu'il est illusoire de pouvoir parler d'un contrat d'outsourcing-type.

Dans le contrat d'outsourcing, on devra régir chronologiquement la délicate phase de transition (du client vers le fournisseur), la phase d'exécution (qui se concrétisera souvent par divers SLA (*Service Level Agreements*) souvent assortis de pénalités en cas de non-respect pour les performances les plus importantes, et l'éventualité d'une phase de retour (on parle parfois de « retransition ») vers le client ou de **transition vers un autre prestataire** (avec la problématique de la réversibilité).

1466. L'objectif de ces quelques lignes est d'examiner, sur un plan juridique, les principales questions qui se posent quand une société décide d'« outsourcer » une partie de son informatique (on restera ici volontairement général, même si des questions spécifiques se posent selon que l'on envisage un outsourcing de la gestion des applications, de la gestion du matériel, des développements spécifiques, etc.)¹.

Le contrat d'outsourcing n'est défini ni par la loi ni par aucune réglementation ; sous réserve des contraintes réglementaires spécifiques relatives à l'outsourcing de certaines activités bancaires ou d'assurance², il n'existe pas de cadre juridique spécifique à ce contrat.

On examinera ci-après quels sont les **objectifs principaux** d'un contrat d'outsourcing et quels sont les **risques essentiels** liés à un projet d'outsourcing, pour voir ensuite comment, dans le contrat, on peut contribuer à la réalisation de ces objectifs et à limiter les risques. Reste évidemment que le contrat ne peut à lui seul suffire à faire en sorte que les objectifs soient atteints et que les risques soient écartés : avant le contrat, c'est la confiance dans le partenaire qui est la condition essentielle de la réussite d'une opération. Le meilleur des contrats ne permettra pas

1. Ces lignes sont inspirées de J.P. TRIAILLE, « L'outsourcing du développement de logiciels vers les pays à bas salaire », *op. cit.* ; sont abordés dans cet article des questions plus spécifiques liés à l'*offshoring* (outsourcing vers des pays à bas salaire, tels l'Inde, la Chine, les pays d'Europe centrale, etc.). Sur l'outsourcing en informatique, cf. notamment R. BAILLY, « Outsourcing informatique : conclure un *service level agreement* solide avec les Application Service Providers (ASP) ou fournisseurs d'applications à distance », *D.A. O.R.*, 2002, 61/62, p. 97 et s.

2. Pour le secteur bancaire, cf. la circulaire PPB 2004/5 de la CBFA (Commission bancaire, financière et des assurances) du 22 juin 2004, sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement; pour le secteur des assurances, cf. la circulaire PPB-2006-1-CPA de la CBFA (Commission bancaire, financière et des assurances) du 6 février 2006, sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des entreprises d'assurances.

d'éviter l'échec si l'on a affaire à un fournisseur de mauvaise foi ou incompetent ; le choix du fournisseur est donc capital et doit s'opérer sur la base d'une étude approfondie de son expérience, de sa clientèle, des compétences de son personnel, d'une première collaboration limitée qui serve de test, etc.

§ 2. LES OBJECTIFS ET LES RISQUES PRINCIPAUX D'UN PROJET D'OUTSOURCING

Les **objectifs** d'un projet d'outsourcing sont généralement décrits au nombre de trois :

- Diminuer les coûts de production par rapport à une production en interne, grâce notamment aux économies d'échelle dont pourra bénéficier le fournisseur ;
- Pouvoir faire appel à un professionnel spécialisé, dont l'activité qu'on va outsourcer constitue pour lui l'activité essentielle (le *core business*) et qui, pour cette raison, bénéficie de compétences et d'une spécialisation plus grandes ;
- Obtenir un service et des *deliverables* de qualité (d'une qualité au moins égale à celle qu'on obtiendrait en effectuant le service soi-même).

Selon les projets, ces objectifs ont évidemment une importance respective variable.

1467. Les **risques** cités, liés au recours à une formule d'outsourcing plutôt qu'à un service assuré en interne, sont généralement les suivants :

- Le fait d'externaliser entraîne inévitablement une certaine perte de contrôle sur les activités en question ; cela est d'autant plus vrai que le fournisseur est géographiquement éloigné ;
- Pour que le fournisseur puisse remplir sa mission, il faudra qu'il soit mis en possession d'informations confidentielles relatives aux activités du client (ses projets en termes de développement de ses activités, l'identité de ses clients, les codes-sources des logiciels, etc.) ; le risque existe que ces informations confidentielles soient divulguées à des tiers et réutilisées ; le risque est d'autant plus élevé si la société fournit aussi ses services à des concurrents du client ;
- L'outsourcing d'une activité a pour conséquence que, dans le domaine concerné, le client devient dépendant du fournisseur ; cette dépendance sera d'autant plus grande que le contrat aura eu une longue durée d'existence.

A. Comment atteindre les objectifs à travers le contrat ?

A.1. La diminution des coûts

Pour que le client soit assuré, en externalisant une ou des activités, de bénéficier de coûts de production moindres, il est important tout d'abord d'avoir examiné l'ensemble des coûts qui seront liés au choix de tel ou tel fournisseur, et plus important encore, si l'on parle d'un outsourcing vers l'étranger (notamment vers des pays à bas salaire) au choix de tel ou tel pays : la main-d'œuvre dans tel pays peut être moins chère, mais les frais d'installation, de déplacements ou d'autres frais peuvent être plus élevés.

Il faut ensuite, pour ce qui concerne le contrat, avoir prévu des clauses détaillées quant au mode de calcul des prestations du fournisseur et quant aux coûts qui pourront être portés en compte par le fournisseur.

1468. Aux coûts directs d'un projet il faut ajouter un examen des aspects fiscaux (taxes, déductions des investissements, etc.), ainsi qu'une analyse du coût de la cessation des activités jusque-là exercées en interne (ce qui peut impliquer notamment des licenciements et donc un coût social).

Le contrat doit aussi prévoir des mécanismes qui permettent au client de vérifier ou de faire vérifier par un tiers le respect par le fournisseur des mécanismes convenus pour calculer le prix du service, par exemple, si le prix est un prix variable calculé en fonction de différents paramètres, par le biais d'un audit que le client peut réaliser à intervalles réguliers et qui doit lui permettre, si nécessaire, d'avoir accès aux livres du fournisseur et à tous documents utilisés pour le calcul du prix.

Il peut aussi être opportun de prévoir que le client pourra procéder à un « *benchmarking* », à savoir une comparaison entre les prix pratiqués par le fournisseur et les prix qui sont proposés, pour le même service, par la concurrence. Cela est évidemment toujours un droit pour le client mais on peut prévoir qu'en fonction des conclusions de cette analyse, le fournisseur devra se montrer ouvert à renégocier les conditions financières de son service¹.

Il est important de toute manière, si le contrat a une longue durée d'existence, de prévoir des mécanismes souples en matière de calcul des coûts et du prix du service, permettant leur évolution en fonction de la situation, qui peut changer au fil du temps. C'est une condition indispensable pour que le contrat dure et que chacune des parties conserve le sentiment qu'il est équitable.

1. Sur les clauses de *benchmarking*, cf. n° 1420.

On sera aussi attentif, hors de la zone euro, à avoir prévu les clauses appropriées pour traiter du risque de variation des taux de change entre les monnaies respectives.

A.2. L'accès à des compétences spécialisées et les deliverables de qualité

1469. En s'adressant à un professionnel qui se spécialise dans un secteur donné (par exemple, le développement de solutions informatiques comptables ou bancaires), et qui peut parvenir à cette spécialisation notamment par le fait que ledit professionnel fournit ses services à toute une gamme de clientèle, le client qui a recours à l'outsourcing entend bénéficier, en s'adressant à ce professionnel, de compétences spécialisées.

Selon le type de projets, le client devra être attentif à la compétence des personnes qui effectueront les prestations de développement du côté du fournisseur, à la qualité des installations, etc.

1470. Le contrat devra aussi contenir toutes les précisions quant à la qualité attendue des résultats à fournir (les « *deliverables* »). Même si cela n'est pas toujours aisé, il faut instamment veiller à décrire autant que possible des critères objectifs et mesurables de qualité. De même, dans toute la mesure où les critères de qualité sont objectifs et mesurables, il sera intéressant de prévoir dans le contrat des mécanismes de pénalités quand les critères convenus ne sont pas rencontrés. Cela est certes plus facile pour l'outsourcing de services d'hébergement (assez aisément quantifiable en termes de performances) que pour l'outsourcing de développement de logiciels, mais le fournisseur aura intérêt à essayer de trouver des critères objectifs, qui lui serviront également pour la réception (l'acceptation) des programmes qui auront été développés. Par exemple, la conformité à des normes techniques sectorielles ou réglementaires (dans le secteur hospitalier notamment) pourrait être imposée.

Cela se fera souvent par le biais d'un **plan d'assurance-qualité** (« *Quality Assurance Plan* »), ainsi que d'un **contrat de niveau de services** (« *Service Level Agreement* »).

B. Comment diminuer les risques à travers le contrat ?

On vient d'identifier les risques principaux des projets d'outsourcing.¹ On va voir comment, par le contrat, contribuer à éviter que ces risques se réalisent.

1. Cf. n° 1467.

B.1. La perte de contrôle sur les prestations à accomplir

1471. Le premier risque est évident : le fait d'externaliser une activité jusqu'alors exercée en interne entraîne, pour le client, une moins grande possibilité de contrôler les activités. Cela sera ici d'autant plus vrai si l'on parle d'outsourcer des activités vers des pays qui sont parfois géographiquement fort éloignés. Malgré toutes les possibilités accrues des communications physiques (et des déplacements) et électroniques, la distance physique entre les parties reste un obstacle à la communication ainsi qu'au contrôle.

Pour limiter les risques inhérents à cette situation et donner au client des moyens de contrôle non seulement *a posteriori* sur la qualité des résultats mais aussi *a priori* sur le processus de développement, le contrat devra :

- Prévoir des possibilités pour le client de faire sur place des visites non annoncées, d'avoir accès à tous documents et fichiers utiles ou de faire procéder à un audit sur les activités du fournisseur (audit qui devra perturber le moins possible le fonctionnement de ces activités) ;
- Mettre en place des procédures de suivi régulier par le client de ce qui se fait chez le fournisseur, avec des possibilités de remédiation rapide en cas de problèmes (en désignant notamment les personnes compétentes pour prendre les décisions et en prévoyant, en cas de problème, les procédures « d'escalade » appropriées) ;
- Obliger le fournisseur à des obligations d'information régulière du client tout au long de chacune des phases du projet ;
- Soumettre le recours à des tiers par le fournisseur à l'approbation préalable du client ; l'outsourcing entraîne une perte de contrôle, mais si le fournisseur peut à son tour outsourcer une partie de ses activités, le risque est multiplié...

B.2. La confidentialité des informations et des données

1472. Le fournisseur aura besoin d'être mis en possession d'informations confidentielles sur les activités du client. Sur ce point encore plus que sur les autres, c'est la confiance dans le choix du fournisseur qui est primordiale.

Pour limiter les risques, le contrat devra :

- Prévoir des obligations expresses et précises de confidentialité pour le fournisseur et ses employés ; ces obligations ne peuvent se limiter à des déclarations et engagements théoriques mais doivent s'accompagner d'indications très prati-

ques (comme l'accès aux locaux, aux documents, les mots de passe, les droits d'accès aux fichiers et aux réseaux, etc.) ;

- Permettre que le client puisse vérifier en pratique si les mesures promises ont bien été mises en place et si elles sont respectées ;
- Quand cela est possible (c'est souvent difficile à faire accepter), prévoir des pénalités en cas de violation des obligations de confidentialité (« clause pénale »).

1473. Souvent, avant la conclusion du contrat, dans le cadre des négociations pré-contractuelles, le client aura déjà été contraint de donner au fournisseur avec qui il négocie des informations confidentielles sur ses activités, ses logiciels, etc. Il est important d'entourer cette étape précontractuelle de garanties contractuelles via la conclusion d'**engagements de confidentialité appropriés**¹.

Une des façons de limiter les risques que le fournisseur réutilise lui-même dans le cadre d'autres projets les informations confidentielles qu'il aura acquises du client est de convenir que ce fournisseur ne pourra offrir ses services à des concurrents du client, qui se réserve de la sorte une certaine exclusivité. Pareille exclusivité est toutefois souvent difficile à obtenir ; en outre, elle limite les possibilités pour le fournisseur d'accroître son expérience et ainsi de mieux servir ses clients existants.

Une catégorie particulière d'informations justifie dans certains cas un traitement particulier, à savoir les données à caractère personnel (c'est-à-dire – pour faire bref – les données liées à une personne physique). Dans le cadre de certaines opérations d'outsourcing, le transfert de pareilles données est nécessaire ; si le transfert doit se faire vers une entité située à l'extérieur de l'Union européenne, des règles spécifiques seront à respecter, afin de garantir une protection suffisante de ces données².

1. Sur les conventions de confidentialité, cf. également n° 1351.

2. Cf. notamment en Belgique les articles 17, 21 et 22 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ; cf. également le rapport du Groupe 29 de la Commission européenne : Group 29 Working Document, Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate rules for International Data Transfers, 3 juin 2003, 11639/02/EN, WP74 ; également la décision de la Commission du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, C(2201), 1539 final, J.O.C.E., 4 juillet 2001, n° L 181/19. Sur ce volet, cf. n° 1405 et s.

B.3. Le risque de dépendance vis-à-vis du fournisseur

1474. Le risque de devenir dépendant du fournisseur est l'un des inconvénients majeurs de l'outsourcing. Il sera d'autant plus grand que le contrat sera de longue durée.

Pour essayer de le limiter, on veillera à ce qui suit:

- Le contrat stipulera que tous les droits intellectuels sur les programmes développés deviennent au fur et à mesure la propriété du client – en conséquence de quoi, le client sera libre de commercialiser, d'adapter, de diffuser, de traduire les logiciels en question, sans que le fournisseur puisse invoquer des droits qu'il aurait gardés sur les programmes ; on pourra compléter les clauses en imposant au fournisseur de prévoir toutes les clauses nécessaires à cet égard dans ses propres contrats d'emploi ;
- Le contrat imposera au fournisseur de fournir les codes-sources des logiciels développés, non seulement à la fin de la mission, mais également, s'il s'agit d'une mission d'une certaine durée, à des étapes intermédiaires ; outre les codes-sources, il faudra prévoir que toute la documentation technique pertinente devra également être remise au client ;
- Le contrat permettra au client de mettre fin au contrat même en dehors de l'hypothèse d'une faute ou d'un manquement contractuel du fournisseur ; ce qui sera important, afin d'éviter les discussions, sera de décrire toutes les conséquences de pareille décision du client, notamment sur le plan financier (quelle indemnité de rupture est due au fournisseur et comment est-elle calculée ?) et toutes les obligations du fournisseur dans cette hypothèse (car il sera important qu'il mette un terme à sa mission sans porter préjudice aux intérêts du client) ;
- Le contrat organisera de façon détaillée la « réversibilité » du contrat, c'est-à-dire la possibilité effective pour le client de mettre fin sans inconvénient évitable à la relation contractuelle ; pour ce faire, on prévoira que, à partir du moment où le client a fait savoir qu'il mettait fin au contrat¹, le fournisseur devrait collaborer activement au « retour » des activités (si le client décide de reprendre en interne les activités qu'il avait pour un temps externalisées) ou au transfert des activités (dans le cas où le client change de fournisseur) ; on devra assortir cette obligation de collaboration d'un aspect financier (par exemple, avec des paiements qui ne seront dus qu'en cas de collaboration, et des pénalités financières en cas de non-collaboration) ; la collaboration avec le client impliquera souvent la communication d'un savoir-faire acquis par le fournis-

1. On entre à ce moment-là dans une période « à risques » dans la mesure où le fournisseur, vu la décision du client, n'a plus de raisons de mettre tout son zèle à le satisfaire.

seur, et qui devra être transmis au client ou au nouveau prestataire de services auquel il fera dorénavant appel ; l'aspect « réversibilité » est un aspect important de tout contrat d'outsourcing ; bien pris en compte, il permettra d'éviter pour le client un coût important en cas de fin de la collaboration ;

- Le contrat prévoira les conséquences d'une cessation d'activités ou d'une faillite du fournisseur ; si l'outsourcing se fait dans un pays étranger, un examen de la législation applicable localement s'impose à cet égard.

C. Autres points à aborder

1475. En ne parcourant que les principaux objectifs et risques du contrat, on n'a pas pour autant tout dit, loin s'en faut. A titre non exhaustif, on peut encore signaler les points suivants, auxquels il faut songer dans le cadre d'une opération d'outsourcing :

- Avant même la conclusion d'un contrat, la phase précontractuelle a toute son importance et doit permettre au client de se convaincre qu'il peut faire confiance au fournisseur qu'il retient ; souvent, le client sera bien avisé de tester le fournisseur *via* un premier projet d'ampleur limitée ;
- Le transfert des activités de la société du client vers le fournisseur devra être très soigneusement préparé, avec un « plan de transition » destiné à garantir un passage avec le moins de heurts possibles ;
- On ne sous-estimera pas l'aspect fiscal du projet ; parfois, ce facteur sera un facteur décisif qui orientera le projet vers tel pays plutôt que vers tel autre ;
- L'aspect « gestion du projet » est également important, qui devra avoir prévu les procédures de décision pour la conduite du projet.

1476. Outre les procédures de décision, il faut aussi avoir mis en place, par des règles « d'escalade », des mécanismes de règlement des conflits ; il est d'autant plus important d'éviter qu'un conflit ne se dégrade en contentieux et en procédure judiciaire si l'on se trouve face à une société établie à l'étranger voire en dehors de l'Europe.

Certains secteurs spécifiques (essentiellement le secteur bancaire et le secteur de l'assurance) limitent ou conditionnent, par des réglementations sectorielles, les

possibilités d'outsourcer certaines activités qui relèvent du « noyau dur » de l'institution bancaire ou de la compagnie d'assurances¹.

Section 4

Le contrat de développement d'un site web

§ 1. INTRODUCTION

1477. L'internet et l'augmentation des transactions sur l'internet ont, pour beaucoup d'entreprises, fait du site web de la société l'un des éléments essentiels de leur stratégie de vente et de marketing.

A cause du manque de connaissances et d'expérience en interne concernant la création d'un tel site web, il est souvent fait appel, pour le développement du site, à un prestataire de services externe, spécialisé dans le développement de sites web (ci-après « le fournisseur de services »).

L'expérience montre qu'il est essentiel d'avoir prévu pour cela un contrat bien conçu, dans lequel les deux parties ont pu préciser leurs attentes et dans lequel des règles précises sont établies pour le cas où un litige surviendrait². Si dans cette matière récente les usages restent encore incertains et sont peu établis, il existe toutefois des sources d'inspiration traditionnelles et plus codifiées sur le plan juridique, dont on pourra s'inspirer. Ainsi, le contrat de création d'un site Internet se trouve à la croisée du contrat d'entreprise, du contrat de développement d'un logiciel sur mesure, du contrat d'édition et du contrat d'agence publicitaire.

1. Tant dans le domaine bancaire que dans le domaine des assurances il sera prudent (et parfois obligatoire) de consulter au préalable l'organisme de contrôle (en Belgique, la CBFA), qui souhaitera dans certains cas prendre connaissance du projet de contrat afin de vérifier surtout que l'opération ne mette pas en péril ses possibilités de contrôle prudentiel et du réviseur. Pour le secteur bancaire, la CBFA a publié le 22 juin 2004 une circulaire PPB 2004/5 sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Elle y a défini 10 principes auxquels les établissements concernés devront accorder leur attention. La circulaire précise que la CBFA doit être informée préalablement de la manière dont les principes seront appliqués dans trois cas : une sous-traitance transfrontalière, une sous-traitance complexe ou une sous-traitance qui a une influence profonde sur l'organisation de l'établissement. Pour le secteur des assurances, pour le secteur des assurances, cf. la circulaire PPB-2006-1-CPA de la CBFA (Commission bancaire, financière et des assurances) du 6 février 2006, sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des entreprises d'assurances.
2. Pour une étude plus détaillée, cf. J.P. TRIAILLE, « Le contrat de création de site Web », *Auteurs & Media*, dossier spécial consacré à l'internet, 1998/4, p. 348 (avec de nombreux exemples de clauses). Le texte de cet article est également disponible sur le site www.droit-technologie.org.

On trouvera ci-dessous une brève description des éléments essentiels de ce contrat et des pièges à éviter¹.

§ 2. DESCRIPTION DES CLAUSES LES PLUS IMPORTANTES

A. Missions du fournisseur de services

1478. Il est évidemment essentiel de décrire quelles sont les tâches dont le fournisseur de services est responsable (par ex. développement de la structure du site, design graphique, digitalisation des images, textes, sons, programmation, ...) ainsi que celles dont il n'est pas chargé (par ex. enregistrement du nom de domaine, promotion du site, maintenance, ...). L'imprécision dans ce domaine peut en effet mener à des litiges. Il faut également garder à l'esprit que le contrat ne doit pas donner une description trop « fermée » du résultat à fournir. Le contrat doit définir le site à développer mais laisser aussi suffisamment de possibilités pour les évolutions qui devront intervenir.

B. Livraison et calendrier

1479. Comme dans tout contrat d'entreprise, il est essentiel de prévoir un calendrier détaillé et de le faire respecter. Le contrat doit avoir prévu la livraison d'une première version du site, une phase-test, la possibilité de demander des adaptations par rapport à la description initiale, et une livraison définitive du site web pour acceptation.

C. Droits intellectuels

1480. Il est essentiel que les droits de propriété intellectuelle sur le site reviennent au client. Pour rappel, le fait que le client paie le développement du site ne signifie

1. Voir également la brochure publiée par le SPF Economie en 2008, *Guide juridique pour les titulaires de site Web*, à paraître en 2009 (avec notamment la contribution de R. ROBERT). Pour d'autres exemples ou conseils en cette matière, cf. Th. VERBIEST et E. WERY, *Droit de l'internet et de la société de l'information*, Larcier, 2001 ; P. DEPPEZ et V. FAUCHOUX, *Lois, contrats et usages du multimédia*, Dixit, Paris, 1997, p. 315 et s. ; O. HANCE, *Business et droit d'internet*, Best Of Editions, 1996 (437 p.) ; J.P. TRIAILLE, « Création et diffusion des œuvres sur Internet », *Internet face au droit*, Cahier du CRID, Kluwer, 1997, p. 172 et s. ; A. STROWEL et J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahiers du CRID, Bruylant/Kluwer, 1997, 502 p. ; Y. KAPLUN, « Les clauses principales des contrats d'hébergement et de réalisation de sites-boutique sur l'internet », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, décembre 1997 ; P. WERNE, « Constitution d'une galerie marchande : le point de vue du praticien », *D.I.T.*, 1998/2, p. 29 et s. ; le lecteur trouvera aussi des contrats-types et le *Mémento juridique du créateur de site web* à l'adresse www.legalis.net.

pas automatiquement qu'il disposera des droits intellectuels sur le site. Le contrat devra donc être explicite sur ce point.

Le client aura intérêt à prévoir aussi des clauses de garantie par le fournisseur que son apport dans la création ne porte pas atteinte aux droits des tiers, et en cas de réclamation par un tiers suite à une atteinte à ses droits, que le fournisseur l'indemnisera contre toute action ou réclamation.

De son côté, le fournisseur de services demandera du client la garantie que le matériel que ce dernier fournit (images, textes) ne porte pas non plus atteinte aux droits de tiers. Il souhaitera souvent conserver les droits intellectuels sur le résultat de certaines de ses propres prestations, notamment pour pouvoir les réutiliser dans le cadre d'autres projets.

D. Poursuite du projet en interne ou appel à un autre fournisseur

En tant que client, il faut s'assurer d'avoir la liberté de poursuivre le développement du site en interne ou de faire appel à un autre fournisseur, p.ex. parce que le fournisseur ne donne plus satisfaction ou même sans devoir justifier cette décision (fut-ce, dans ce cas, moyennant une indemnité à payer au fournisseur).

Le contrat doit prévoir l'obligation pour le fournisseur de services de fournir au client toute la documentation relative au développement et, si le développement du site incluait du développement d'éléments logiciels, les codes-sources de ces logiciels. Dans ce même but, il est essentiel que le client ait obtenu également les droits intellectuels sur le site et sur les codes-sources. Il est aussi utile de prévoir dans une clause générale que le fournisseur de services ne fera rien qui s'oppose à ce que le client reprenne le projet en interne ou fasse appel à l'avenir à un autre fournisseur.

E. Garanties

1481. Le client a intérêt à obtenir diverses garanties explicites du fournisseur. Ces garanties seront des engagements du fournisseur sur les éléments essentiels du contrat. En cas de non-respect, elles seront assorties d'une pénalité financière. Les éléments qui sont sous le contrôle du fournisseur et qui peuvent avoir un impact important, notamment financier, sur le projet doivent être décrits de façon détaillée et assortis de garanties.

On pense ici à la garantie que les apports des parties ne portent pas atteinte aux droits de tiers, que le cas échéant le site développé corresponde aux spécifications techniques prévues au contrat, à la sécurité du site, etc. en précisant bien quand il

s'agit d'obligations de résultat ou d'obligations de moyen dans le chef du fournisseur.

F. Dispositions diverses

1482. D'autres dispositions importantes sont encore à envisager:

- Une obligation de collaboration effective entre les parties;
- Des obligations de confidentialité;
- La durée du contrat et les modes de fin de contrat;
- La possibilité de renégocier les termes du contrat dans certaines circonstances;
- S'il y a un élément d'extranéité, le droit applicable et le tribunal compétent.

On veillera aussi à ajouter au contrat diverses annexes, décrivant les aspects techniques du site, le calendrier précis, le budget et les modalités de facturation et de paiement.

Ces annexes constituent souvent une partie importante du contrat; il est important qu'elles soient également vérifiées sur le plan juridique, surtout qu'elles s'écartent parfois de ce qui était prévu dans le contrat.

Section 5

Les logiciels « libres » ou « open source »

1483. De plus en plus d'entreprises et d'administrations publiques décident d'avoir recours à des logiciels dits « libres » ou « open source ». Ces logiciels, dont l'exemple le plus connu est le système d'exploitation Linux, présentent la particularité d'être distribués dans le cadre de licences dites également « libres » ou « open source ». Il existe de nombreuses licences de ce type; la plus connue est la « GPL » (« General Public License »)¹.

1. Sur cette problématique, cf. notamment Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, Ph. LAURENT & E. MONTERO, *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du Centre de recherche informatique et droit, n° 25, Bruxelles, Bruylant, avril 2005, 315 p.; J.P. TRIAILLE, « Licences 'open source' et contrats avec les développeurs et les distributeurs », *Revue du droit des technologies de l'information (R.D.T.I.)*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 54-68.

Les logiciels libres sont issus, à l'origine, d'une certaine philosophie de partage des connaissances, d'une pratique coopérative du développement de software ainsi que d'une certaine contestation du modèle commercial dominant dans le secteur de l'édition de logiciels.

§ 1. LES CARACTÉRISTIQUES DU LOGICIEL LIBRE ET LE « COPYLEFT »

1484. Ce qui différencie essentiellement un logiciel « open source » d'un logiciel traditionnel (souvent appelé « logiciel propriétaire ») est que la licence sous laquelle il est distribué présente plusieurs caractéristiques essentielles¹ :

- Elle est gratuite ;
- Elle octroie à l'utilisateur des libertés (d'où le nom « logiciel libre ») beaucoup plus larges que la grande majorité des licences traditionnelles, dont essentiellement : le droit d'utiliser le logiciel pour n'importe quel usage (y compris commercial) et dans n'importe quel contexte, de faire des copies du logiciel, de l'étudier, de le modifier, ainsi que le droit de redistribuer les copies ou les améliorations du logiciel ;
- Elle donne enfin un libre accès aux codes-sources du logiciel (d'où le nom « open source »).

1485. Il faut toutefois être attentif à deux autres caractéristiques importantes des logiciels libres :

- D'une part, ils sont normalement distribués sans aucune garantie ni possibilité de recours contre l'auteur, un distributeur ou un éditeur, que ce soit pour les fonctionnalités du programme ou pour l'absence de contrefaçon ; des éditeurs ou des fournisseurs de services informatiques peuvent décider d'octroyer de telles garanties, mais dans ce cas, ces garanties seront payantes ;
- D'autre part, certaines des licences libres, qu'on appelle des licences « copyleft » imposent que chacun, dans la chaîne des utilisateurs successifs, respectent les mêmes principes de partage et de mise en commun, ce qui peut avoir – comme on va le voir – des conséquences très importantes pour l'entreprise utilisatrice, y compris sur le plan financier.

§ 2. LES CONSÉQUENCES DE L'UTILISATION DE LOGICIELS SOUS LICENCE « COPYLEFT »

1486. Dans le cas d'une licence « copyleft », l'utilisateur qui décide, comme la licence l'y autorise, d'utiliser le logiciel libre pour l'améliorer (en l'adaptant à ses

1. Cf. www.opensource.org pour les principales licences open source, ainsi que le site de la Free Software Foundation, www.fsf.org.

besoins propres par exemple) ou pour l'intégrer à l'un de ses propres logiciels, sera obligé, s'il décide de redistribuer lui aussi le logiciel, d'octroyer à tous les utilisateurs les mêmes droits sur le logiciel adapté ou sur le logiciel intégrant le logiciel libre initial. En pratique donc, chacun sera libre, gratuitement, d'utiliser le logiciel modifié, de l'adapter à son tour, et pourra aussi exiger d'avoir accès aux codes-sources ; de plus, le logiciel devra être disponible gratuitement. C'est ce qu'on appelle généralement « l'effet viral » des licences libres.

Il est essentiel de se souvenir toutefois que ces règles ne s'appliquent qu'en cas de « distribution » du logiciel modifié : en d'autres termes, si l'utilisateur modifie le logiciel initial mais le réserve à ses besoins internes, il ne sera pas obligé d'en concéder l'utilisation gratuite par les tiers ni de leur donner accès aux codes-sources. En revanche, il lui sera donc impossible de commercialiser le logiciel suivant le modèle traditionnel des licences « propriétaires ».

§ 3. EXEMPLES, CONSEILS PRATIQUES ET DUE DILIGENCE

1487. Si l'on prend l'exemple d'une société qui commercialise des logiciels et perçoit, de façon traditionnelle, des redevances en contrepartie de leur utilisation par les clients, le fait d'intégrer dans ses propres logiciels des éléments « open source » peut avoir pour conséquence, s'il s'agit d'une licence copyleft, que la société se voit subitement contrainte de changer son *business model* puisqu'elle ne pourra plus exiger de redevances de ses clients.

En pratique, il sera prudent d'adopter une politique interne claire par rapport à l'open source, et de donner les instructions adéquates aux développeurs, qu'ils soient employés ou indépendants (consultants externes), voire de confirmer ces instructions dans des clauses contractuelles.

Autre exemple, le candidat acheteur d'une société informatique aura intérêt, avant de prendre sa décision d'investir, à élargir la *due diligence* qu'il effectue pour vérifier si les logiciels dont la société tire ses revenus peuvent effectivement être commercialisés dans un modèle « propriétaire » et donc s'ils ne sont pas devenus soumis au modèle open source, parce que par exemple les développeurs de la société auraient, sans mesurer les conséquences, intégré des éléments open source dans les logiciels de la société informatique.

En pratique, le candidat acheteur aura intérêt, indépendamment de la *due diligence* avant l'achat, à prévoir, dans le contrat, des garanties explicites adéquates de la part du vendeur et une clause d'indemnité si, contrairement aux affirmations du

vendeur, il s'avérait que le logiciel était (éventuellement à son insu...) devenu un logiciel « open source » suite à l'effet viral d'une licence copyleft¹.

§ 4. REMARQUES FINALES SUR LES LOGICIELS LIBRES

1488. L'impact de l'existence des licences open source, et particulièrement des licences copyleft, sur les contrats alentour de ces licences, se traduira sans doute de plus en plus, dans les années à venir, par des **engagements contractuels nouveaux** dans le chef des parties, ainsi que par des **garanties nouvelles** qui seront exigées par les acheteurs ou utilisateurs, ou au contraire par des clauses exonératoires supplémentaires de responsabilité.

Il pourra aussi se traduire par des **obligations complémentaires de conseil et de mise en garde** dans le chef des fournisseurs et, corrélativement, **d'information** dans le chef des clients, qui pourront de moins en moins prétendre pouvoir ignorer les conséquences juridiques du recours à des logiciels open source.

Au sein des sociétés informatiques, cela devrait mener à une réflexion sur le positionnement de l'entreprise et sur la mise en place d'une **policy interne** à l'intention des développeurs.

Dans le cadre des négociations relatives à des opérations d'acquisition ou de fusion, dans lesquelles l'acheteur procède souvent à une « **due diligence** » des activités de la société-cible ou de la société avec laquelle il est envisagé de fusionner, celui qui réalisera la due diligence sera bien avisé, pour ce qui concerne la valorisation des actifs informatiques et logiciels, d'élargir sa mission à la problématique de l'emploi de logiciels open source, via un audit informatique des éléments utilisés et/ou distribués par la société, ainsi que via un audit des contrats et licences open source dans le cadre desquels les logiciels auront été acquis. L'expérience montre que pareille due diligence peut amener quelques surprises.

En cas de problème on pourra tenter de limiter les risques via des clauses de garanties (dans le jargon, des « **representations & warranties** ») adéquates.

1. J.P. TRIAILLE, « Licences 'open source' et contrats avec les développeurs et les distributeurs », *Revue du droit des technologies de l'information (R.D.T.I.)*, Larcier, 2005, pp. 54-68.

Bibliographie

- Droit de l'informatique, Enjeux – Nouvelles responsabilités*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993.
- GEVAERT, H., *Prévention juridique des contrats informatiques*, La Charte, 1985.
- KEUSTERMANS, J. et ARCKENS, I., *Informaticacontracten*, Kluwer, 1992.
- Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux*, Collection Lamy Droit de l'immatériel, Lamy, 2008.
- Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux, Guide, Solutions et applications, Pratique Contractuelle*, Collection Lamy Droit de l'immatériel, Lamy, 2008.
- Le droit des contrats informatiques : principes, applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983.
- LETOURNEAU, P., *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, Dalloz, 2008.
- MONTERO, E., *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, Larcier, 2005.
- STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruylant, 2001.
- TRIAILLE, J.P., et STROWEL, A., *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia, (droit belge, droit européen, droit comparé)*, Cahiers du CRID, 11/97, Kluwer/Bruylant, 1997.
- VAN COUTER, Y. et VANBRABANT, B., *Handboek Licentieovereenkomsten*, Larcier, 2007.