

Les contrats relatifs aux logiciels ? Comment anticiper les risques ?

27 novembre 2014

Etienne Papin

Avocat au barreau de Paris

9, rue Royale, 75008 Paris

Tél : 33 (0)1 70 71 22 00 - Fax : 33 (0)1 70 71 22 22 - E-mail : epapin@feral-avocats.com

www.feral-avocats.com

La définition du logiciel

❑ En droit français :

- Pas de définition dans le code de la propriété intellectuelle
- « *ensemble des programmes, et éventuellement la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitements de l'information* » (Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique)

- ## ❑ En droit européen :
- « *le terme « programme d'ordinateur » vise les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel; ce terme comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur* ».
- (Directive du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur)

La protection du logiciel par le secret

- ❑ Les idées ne sont pas protégeables.
- ❑ Aucune protection si un tiers reprend votre idée et crée un logiciel similaire.
- ❑ Utilité des accords de confidentialité

La protection du logiciel par le brevet

- ❑ France: Le logiciel est exclu des inventions brevetables.

Art. L.611-10 CPI

–Jurisprudence : possibilité de breveter un procédé mettant en œuvre des logiciels mais ne se réduisant pas aux logiciels (CA Paris, 15 juin 1981)

- ❑ Europe: Le logiciel exclu des inventions brevetables.

Art. 52 de la Convention sur le brevet européen.

–Pratique de l'OEB : A condition qu'ils puissent produire un effet technique (...) tous les programmes d'ordinateurs peuvent être considérés comme des inventions au sens de l'article 52.1 CBE

–Rejet de la proposition de directive sur la brevetabilité des logiciels en 2005.

- ❑ Etats-Unis: Pas d'exclusion de brevetabilité des logiciels.

La protection du logiciel par le droit d'auteur

- ❑ Le programme d'ordinateur est une **œuvre de l'esprit** au sens de la propriété littéraire et artistique.

Loi du 3 juillet 1985, article L.112-2 CPI.

Directive n° 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (aujourd'hui directive du 23 avril 2009)

- ❑ La **durée de protection** offerte par le droit d'auteur est de **70 ans**
 - à compter du décès de l'auteur si personne physique (L123-1 CPI)
 - à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de publication si personne morale.
- ❑ La protection existe du simple fait de la création du logiciel. Pas de formalités.

Objet de la protection

Sont protégés au même titre que le logiciel :

- ✓ Le code source et le code-objet
- ✓ Les bibliothèques
- ✓ Les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un logiciel (Directive du 23 avril 2009 , cons. 7)
- ✓ La documentation
- L'interface utilisateur est protégée par le droit d'auteur commun.

Objet de la protection

Sont en revanche exclus de la protection:

✓ Les idées, concepts et principes à la base du logiciel

Directive du 23 avril 2009 , cons. 11; CA Toulouse, 9 oct. 2007; CA Paris, 10 nov. 2010

✓ Les algorithmes

Directive du 23 avril 2009 , cons. 11

✓ Les langages de programmation

Directive du 23 avril 2009 , cons. 11 / CJUE 2 mai 2012

✓ Les études préliminaires et notamment la formulation des besoins à satisfaire. CA Toulouse, 9 oct. 2007; CA Paris, 10 nov. 2010

Le titulaire des droits sur le logiciel

L' auteur indépendant

Principe : le titulaire des droits sur le logiciel est l' auteur, c' est-à-dire le créateur du logiciel (L111-1 CPI).

Il dispose alors de différents droits :

Droits moraux:

- ✓ Droit de divulgation
- ✓ Droit de paternité
- ✓ Droit au respect de l' œuvre
- ❖ L' auteur de logiciel ne dispose pas du droit de repentir ou de retrait sur son logiciel.

Droits patrimoniaux:

- ✓ Droit de reproduction
- ✓ Droit de traduction, d' adaptation et d' arrangement du logiciel
- ✓ Droit de mise sur le marché du logiciel

En cas de co-auteurs : co-propriété indivise sur le logiciel (L113-2 CPI)

Le titulaire des droits sur le logiciel

L' auteur salarié

- ❑ Lorsque l' auteur est salarié, **seul l' employeur est habilité à exploiter les droits patrimoniaux** du logiciel. Un contrat peut déroger à ce principe. (L113-9 CPI)
- ❑ Les droits moraux restent à la disposition de l' auteur, ceux-ci étant inaliénables.
- ❑ Conditions de ce régime :
 - ✓ Il faut un **contrat de travail**. Un contrat de commande de logiciel n' entre pas dans cette catégorie.
 - ✓ Le logiciel doit avoir été créé par le salarié dans **l' exercice de ses fonctions OU d' après les instructions de l' employeur**.
- ❑ L' exploitation des droits patrimoniaux par l' employeur ne confère pas de rémunération supplémentaire à l' auteur salarié.

Le titulaire des droits sur le logiciel

❑ L' auteur stagiaire

- Le stagiaire n'est pas un salarié et il n'est pas lié par un contrat de travail.
- Il reste le seul habilité à exploiter le logiciel qu'il aurait créé dans durant son stage. La société qui exploite le logiciel sans son accord commet une contrefaçon.

❑ L' auteur doctorant

- Il est en principe titulaire des droits d'exploitation. Mais s'il est lié par un contrat de travail, ces droits sont dévolus à l'employeur.

❑ L' auteur agent de l' Etat, d' une collectivité publique ou un EPA

- L' Agent public auteur de logiciel est en principe soumis au **même régime que le salarié** mais des accords spécifiques peuvent exister.

Le titulaire des droits sur le logiciel

- ❑ **ATTENTION** : L111-1 CPI : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa* ».

- ❑ La commande d'un logiciel à un prestataire n'emporte pas cession des droits d'auteur sur le logiciel au client

- ❑ Nécessité de signer un contrat portant cession des droits

Acquisition

Contrat de
licence

(Achat de
matériel)

Conseil

AMOA
A.T. en régie

Réalisation

Contrat d'intégration

Contrat de
développement de
logiciel spécifique

Exploitation

Contrat de maintenance

Contrat d'infogérance

Contrat d'hébergement

Utilisation

ASAP /
Saas

Les contrats relatifs aux logiciels

- **Ses principales caractéristiques :**
 - Un **mode opératoire**, fusionnant aspects juridiques et opérationnels
 - Un contrat **évolutif**, qui ne doit pas être enfermé dans un périmètre figé
 - Un contrat où la **collaboration** est souvent la clé du succès
 - Un contrat qui **anticipe** les scénarii susceptibles de se produire, afin de permettre une gestion optimale des risques

Les contrats relatifs aux logiciels

- Le juridique est un **atout** et non une contrainte : c'est un facteur clé de réussite du projet au même titre que les autres : techniques, humains, timing, etc.
- Le juridique devient une contrainte s'il n'est pas **anticipé** et s'il est subi : il y a un temps nécessaire à la négociation du contrat
- Son coût doit être **budgété** comme les autres coûts : internes, prestataires, assistants à MOA, etc.

Généralité sur la conduite « juridique » du projet

- Intégrer le juridique :
 - Lors de la phase d'**appel d'offres** :
 - Inclusion des pré-requis juridiques dans les documents d'appel d'offres
 - Les réponses apportées par les candidats sont critères d'évaluation des offres → rapidité dans la négociation à venir
 - Lors de la **négociation du contrat** : en maintenant en concurrence deux candidats jusqu'à la signature du contrat → anticipation des risques du projet.
 - Lors du **déroulement du projet** :
 - Les comptes rendus des différents comités sont des éléments essentiels de pilotage juridique du projet → succès du projet.
 - Le contrat doit être maintenu à jour en cas d'évolution du projet → avenants.

Les risques récurrents

- Démarrage de la prestation avant signature du contrat
- Dérive du calendrier
- Dérive du budget
- Non-conformité totale / partielle de la solution avec les attentes du client (fonctionnalités, performances, sécurité)
- Dysfonctionnements de la solution
- Instabilité, incompetence, inexpérience du personnel du prestataire
- Désaccord sur la propriété intellectuelle
- Solution figée
- Solution non pérenne
- Dépendance à l'égard du prestataire
- Disparition du produit, du prestataire

- Le contrat relatif au logiciel : 3 angles d'observation :
 - Aspects « Produit »
 - Aspects « Œuvre de l'esprit »
 - Aspects « Contrat »

Le logiciel : un produit conforme

- Un produit conforme à ses besoins :
 - **Obligation** pour le client de **définir ses besoins** spécifiques (devoir de collaboration) :
 - La rédaction d'un cahier des charges incombe au client,
 - qui a la faculté de se faire assister par un conseil extérieur
 - Attention aux clauses indiquant que le logiciel correspond parfaitement aux besoins du client

Le logiciel : un produit conforme

- **Conséquences** de la mauvaise définition des besoins :
 - Difficulté / impossibilité de prouver la non-conformité de la solution (notamment pour ce qui concerne les performances du logiciel)
 - Dérive budgétaire et dérive du calendrier

Le logiciel : un produit conforme

- Devoir de conseil du prestataire :
 - Le prestataire doit savoir demander des compléments d'information, voire suppléer le client non-compétent ou défaillant
 - Application du principe de l'exécution de bonne foi des contrats (article 1134 du Code civil) au stade de la formation du contrat

Le logiciel : un produit conforme

- Convenir d'un Référentiel contractuel de conformité :
 - Cahier des Charges :
 - fonctionnalités
 - performances attendues
 - ergonomie
 - Spécifications élaborées pendant la phase d'analyse
 - Documentation

Le logiciel : un produit conforme et exempt de défaut

- La « **recette** » ou « **réception** » : acceptation des prestations du prestataire / déclaration de conformité
- En général en deux temps :
 - Recette Provisoire (VABF)
 - Recette Définitive (VSR)
- Prévoir :
 - Les jeux d'essai
 - La définition des anomalies majeures et mineures
 - Non conformité ; non fonctionnement (bug) ; non performances
 - Les conséquences en cas de survenances d'anomalies
 - attention aux solutions de contournement « définitives »
 - Un échéancier de paiement adapté

Le logiciel : un produit exempt de défaut

- **La garantie légale des vices cachés**

- L' article 1641 du Code civil (contrat de vente)

- défaut de nature à interdire l' usage de la chose ou à diminuer cet usage à tel point que le client ne l' aurait pas acquise, ou à un moindre prix s' il l' avait connu
- le défaut ne doit pas être apparent au moment de l' acquisition de la chose

- Applicabilité aux logiciels ?

Le logiciel : un produit exempt de défaut

- **La garantie contractuelle de bon fonctionnement / VSR**
 - Contenu de la garantie
 - Modalités et délais d'intervention du prestataire
 - les engagements sur les délais de correction sont plus rares : solution de contournement
 - Durée de la garantie
 - Après l'expiration de la garantie : maintenance

Le logiciel : un produit conforme et exempt de défaut

- Définir les modalités d'intervention du prestataire en cas de survenance d'une Anomalie en VABF et en VSR
- Les engagements de correction du prestataire peuvent être reconduits pendant la période de garantie et dans le cadre d'un contrat de maintenance

Le logiciel : un produit pérenne

- **La garantie de pérennité**
 - du logiciel en lui-même (fonctionnalités, évolutions légales et réglementaires)
 - Exemple : obligation d'intégrer les corrections dans la nouvelle version du progiciel
 - du logiciel dans son environnement d'exploitation
 - du paramétrage, des développements spécifiques, des interfaces avec les nouvelles versions du progiciel
- Peut s'accompagner également d'un transfert de savoir-faire au client

Le logiciel : une œuvre de l'esprit

- **Une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur :**

« *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit (...) : les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire »*

Article L. 112-2-13° du Code de la Propriété Intellectuelle

- **L'objet de la protection :**

- codes source

- codes exécutables et codes objet

- matériel de conception préparatoire (dossier d'analyse, schéma, organigramme, documentation)

Le logiciel : une œuvre de l'esprit

- **Les droits de l'auteur du logiciel:**
 - Droit d'exploitation (Article L.122-6 du CPI):
 - Droit de reproduction permanente ou provisoire, partielle ou intégrale, par tout moyen, sous toute forme
 - Droit de modification du logiciel (traduction, adaptation, arrangement...) et de reproduction du logiciel modifié
 - Droit de mise sur le marché du ou des exemplaires du logiciel, à titre onéreux ou gratuit, par tout procédé
 - Droit moral quasi inexistant (Article L.121-7 du CPI) sauf stipulation contraire plus favorable:
 - droit de s'opposer à la modification du logiciel limité en cas d'atteinte à son honneur ou sa réputation
 - absence de droit de repentir ou de retrait
 - reste le droit à la paternité du logiciel (nom sur le code)

Le logiciel : une œuvre de l'esprit

- **Cession des droits d'auteur**
 - Prévoir notamment
 - une cession des droits au fur et à mesure des développements
 - la remise des codes source et de la documentation associée
 - Respecter le formalisme rigoureux exigé par l'article L.131-3 du CPI sous peine de nullité :
 - chaque droit cédé doit faire l'objet d'une mention distincte
 - délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés
 - quant à son étendue et sa destination
 - quant au lieu
 - quant à la durée
 - ✓ inefficacité des clauses générales de cession

Le logiciel : une œuvre de l'esprit

- **Cession des droits d'auteur**
- **Les livrables :**
 - Codes source,
 - Codes objet,
 - études,
 - spécifications,
 - interfaces,
 - paramétrages,
 - développements spécifiques, etc.

Le logiciel libre

❑ Liberté d'utiliser le logiciel sans limitation

- ✓ Obligation de faire figurer visiblement sur les copies une mention de droit d'auteur + l'indication d'absence de garantie

❑ Liberté de modifier le logiciel

- ✓ Obligation de mentionner l'existence et de la date de la modification + nom de la personne ayant effectué la modification

❑ Liberté de copier et de distribuer le code exécutable

- ✓ Obligation d'accompagner les codes exécutables des codes sources sous une forme appropriée (→ *Open Source*)
- ✓ Obligation de soumettre les copies modifiées ou œuvres dérivées à une licence équivalente ou compatible

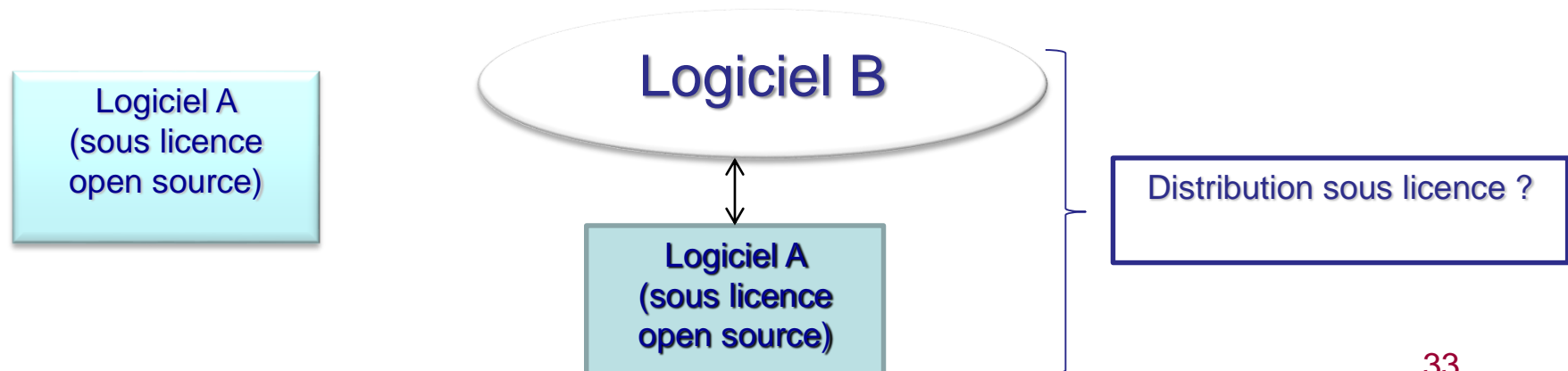
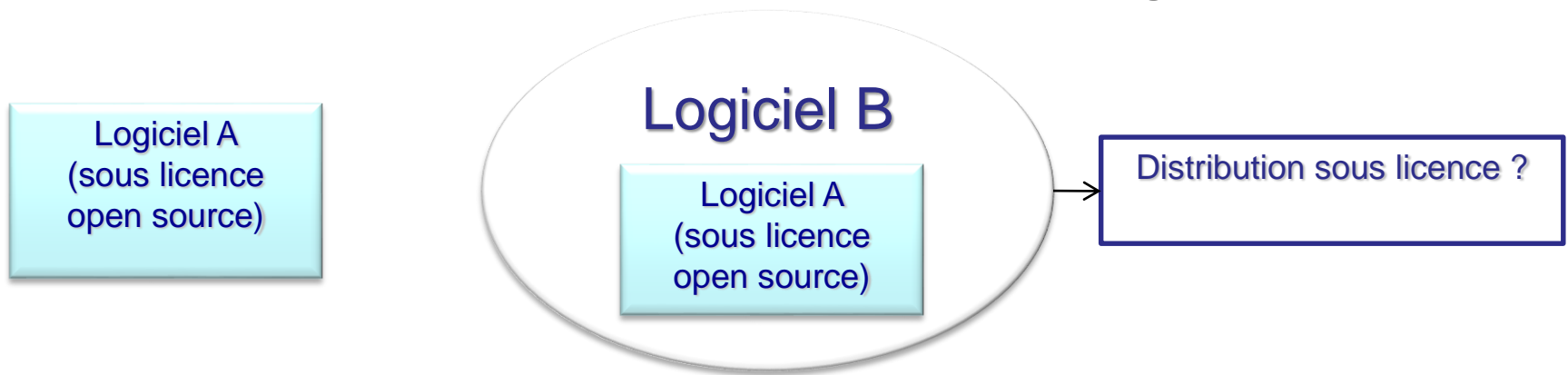
- ✓ **Non respect des limitations de la licence**
= Sanction pour contrefaçon

Un concept victime de son succès...

- Apache License, 2.0 (Apache-2.0)
- BSD 3-Clause "New" or "Revised" license (BSD-3-Clause)
- BSD 3-Clause "Simplified" or "FreeBSD" license (BSD-2-Clause)
- GNU General Public License (GPL)
- GNU Library or "Lesser" General Public License (LGPL)
- MIT license (MIT)
- Mozilla Public License 1.1 (MPL-1.1)
- Common Development and Distribution License (CDDL-1.0)
- Eclipse Public License (EPL-1.0)
- Educational Community License
- IPA Font License (IPA)
- NASA Open Source Agreement 1.3 (NASA-1.3)
- Open Font License 1.1 (OFL-1.1)
- Adaptive Public License (APL-1.0)
- Artistic license 2.0 (Artistic-2.0)
- Open Software License (OSL-3.0)
- Q Public License (QPL-1.0)
- zlib/libpng license (Zlib)
- Academic Free License (AFL-3.0)
- Attribution Assurance Licenses (AAL)
- Eiffel Forum License V2.0 (EFL-2.0)
- Fair License (Fair)
- Historical Permission Notice and Disclaimer (HPND)
- Lucent Public License Version 1.02 (LPL-1.02)
- The PostgreSQL License (PostgreSQL)
- University of Illinois/NCSA Open Source License (NCSA)
- X.Net License (Xnet)
- Apple Public Source License (APSL-2.0)
- Computer Associates Trusted Open Source License 1.1 (CATOSL-1.1)
- CUA Office Public License Version 1.0 (CUA-OPL-1.0)
- EU DataGrid Software License (EUDatagrid)
- Entessa Public License (Entessa)
- Frameworx License (Frameworx-1.0)
- IBM Public License (IPL-1.0)
- LaTeX Project Public License (LPPL-1.3c)
- Motosoto License (Motosoto)
- Multics License (Multics)
- Naumen Public License
- Nethack General Public License (NGPL)
- Nokia Open Source License (Nokia)
- OCLC Research Public License 2.0 (OCLC-2.0)
- PHP License (PHP-3.0)
- Python License (Python-2.0) (overall Python license)
- CNRI Python license (CNRI portion of Python License)
- RealNetworks Public Source License V1.0 (RPSL-1.0)
- Ricoh Source Code Public License (RSCPL)
- Sleepycat License (Sleepycat)
- Sun Public License (SPL)
- Sybase Open Watcom Public License 1.0 (Watcom-1.0)
- Vovida Software License v. 1.0 (VSL-1.0)
- W3C License (W3C)
- wxWindows Library License (WXwindows)
- Zope Public License (ZPL-2.0)
- Apache Software License 1.1
- Common Public License 1.0
- Artistic license 1.0
- Eiffel Forum License V1.0
- Lucent Public License (Plan9)
- Mozilla Public License 1.0 (MPL)
- Open Software License 1.0
- Reciprocal Public License
- Intel Open Source License
- Jabber Open Source License
- MITRE Collaborative Virtual Workspace License (CVW License)
- Sun Industry Standards Source License (SISSL)
- Boost Software License (BSL1.0)
- Common Public Attribution License 1.0 (CPAL)
- European Union Public License (EURL-1.1) (links to every language's version on their site)
- GNU Affero General Public License v3 (AGPL-3.0)
- ISC License (ISC)
- Microsoft Public License (MS-PL)
- Microsoft Reciprocal License (MS-RL)
- MirOS Licence (MirOs)
- Non-Profit Open Software License 3.0 (NPOSL-3.0)
- NTP License (NTP)
- Reciprocal Public License 1.5 (RPL-1.5)
- Simple Public License 2.0 (Simple-2.0)
- Open Group Test Suite License (OGTSL)

Une problématique essentielle : la « contamination »

- Une entreprise utilise le code source d'un Logiciel A distribué sous une licence 1 Open Source pour développer un Logiciel B



Une problématique essentielle : la « contamination »

□ Effet « contaminant » de l'Open Source

- ✓ Le Logiciel B devra lui aussi être distribué en Open Source, sous une licence identique ou compatible avec celle du logiciel A
- ✓ L'usage de l'Open Source peut empêcher une distribution propriétaire du logiciel

Incorporation of OSS in JRC projects, depending on the **Open source license** of such pre-existing OSS and on the **distribution scheme** chosen for the software resulting from the project.

License of existing OSS Component	Internal projects (no distribution)	distribution under EUPL	JRC "Proprietary" distribution
EUPL	V	V	X
GPL 2.0	V	X	X
GPL 3.0	V	X	X
LGPL v2.1	V	X	X
LGPL v3.0	V	X	X
Artistic License	V	O	X
BSD License	V	V	V
Apache License	V	X	X
MIT License	V	V	V
Mozilla Public License	V	X	X
Common Public License (CPL)	V	X	X
Eclipse Public License (EPL)	V	X	X
CeCILL 2.0	V	X	X
Open Software License (OSL)	V	X	X

V = Incorporation allowed

X = Incorporation not allowed

License of existing OSS libraries	Internal projects (no distribution)		Distribution under EUPL		JRC "Proprietary" distribution	
	Static link	Dynamic link	Static link	Dynamic link	Static link	Dynamic link
EUPL	V	V	V	V	X	X
GPL 2.0	V	V	X	X	X	X
GPL 3.0	V	V	X	X	X	X
LGPL v2.1	V	V	O	O	O	O
LGPL v3.0	V	V	O	O	O	O
Artistic License	V	V	?	?	?	?
BSD License	V	V	V	V	V	V
Apache License	V	V	?	V	?	V
MIT License	V	V	V	V	V	V
Mozilla Public License	V	V	X	X	X	X
Common Public License (CPL)	V	V	X	V	X	V
Eclipse Public License (EPL)	V	V	X	V	X	V
CeCILL 2.0	V	V	X	V	X	V
Open Software License (OSL)	V	V	?	V	?	V

V = Linking allowed

X = Linking not allowed

O = Incorporation possible under certain conditions

? = Remaining legal uncertainties

Les problématiques

- **Quelques jurisprudences françaises comme illustration des difficultés liées à l'usage de logiciels libres dans le cadre d'une exploitation commerciale**

Manquement contractuel

□ C.A. Paris 16 septembre 2009

- L'AFPA passe un marché pour la fourniture des « salles de formation multimédia » avec la société EDU4.
- EDU4 intègre une version modifiée du logiciel VNC sous licence GNU-GPL.
- *EDU4 a manqué à ses obligations contractuelles en livrant un produit qui ne satisfait pas aux termes de la licence GNU GPL puisque la société EDU4 avait fait disparaître les copyrights d'origine de VNC sur les propriétés de deux fichiers en les remplaçant par les siens et avait supprimé le texte de la licence.*

➔ Résiliation du contrat

Résolution de la cession d'un logiciel

□ TGI Paris 28 mars 2007

- Cession par le CNRS et différents organismes publics de recherche des droits patrimoniaux sur un logiciel « Baghera » destiné à la formation à distance.
- Le cessionnaire soutient que les cédants lui ont caché que le logiciel Baghera intégrait le programme JATLite sous licence GNU-GPL.
- Le TGI ne retient pas le dol mais prononce la résolution du contrat
- *L'objet du contrat de cession étant dépendant dans son exécution du remplacement du programme JATLite, il convient de prononcer la résolution du contrat aux torts partagés de chacune des parties*

➔ Résolution du contrat

Violation d'une exclusivité concédée

□ TGI Chambéry 15 novembre 2007

- Partenariat entre C.G. Savoie + Université de Savoie et une société commerciale : cession par les personnes publiques à la société commerciale des droits exclusifs d'exploitations sur une « plateforme de travail coopératif »
 - *Si la présence de logiciels libres dans les composants du PRODUIT n'interdit pas toute forme d'exploitation commerciale, il n'en demeure pas moins que leur existence est incompatible avec toute notion d'exclusivité d'exploitation tant sur un plan technique que commercial.*
 - *Le principe de la licence libre fondé sur un partage de connaissances s'avère incompatible avec la notion d'exclusivité.*
- Résiliation du contrat

Le logiciel libre : conclusion

- ❑ **Logiciel propriétaire : un régime juridique simple (le CPI) aux conséquences faciles à anticiper.**
- ❑ **Logiciel libre : un régime juridique complexe (une multitude de licences) => anticiper / contrôler.**

La phase pré-contractuelle

- **Début d'exécution des prestations sans contrat signé :**
 - le prestataire pourra adresser une facture et en demander le paiement
 - tous les développements réalisés ne seront pas cédés
 - Possibilité de passer commande pour la phase de conception / Possibilité de négocier une lettre d'intention :
 - rappeler les conditions dans lesquelles seront réglées les prestations en cas d'absence de signature du contrat
 - régler la question de la propriété intellectuelle
 - spécifier les clauses essentielles du contrat à venir
 - prévoir une date limite de fin des négociations
- **Acceptation d'un bon de commande / CGV du prestataire**

La phase pré-contractuelle

- **La rupture abusive des pourparlers**
 - **Responsabilité délictuelle : éléments d'appréciation de la faute**
 - état d'avancement et durée des négociations avant la rupture
 - caractère brusque de la rupture, sans motif légitime
 - publicité donnée à la rupture
 - réticence dolosive et fausses indications
 - **Préjudices réparables**
 - frais exposés par la négociation et études préalables réalisées
 - atteinte à l'image et à la réputation
 - perte de chance

La phase pré-contractuelle

□ CA Paris, 11 mai 2012 n° 11/01247

- Deux cogérants d'une entreprise avaient sollicité un développeur informatique dans l'objectif de créer ensemble une centrale de location de véhicules en ligne
- En dépit de la mise en ligne du site internet par le développeur, des promesses d'association faites à ce dernier par les cogérants puis des promesses de contrat de travail, aucun projet n'a abouti et aucune rémunération n'a été versée par les développeurs
- La Cour a confirmé le jugement de première instance qui a condamné les deux cogérant pour **rupture abusive des pourparlers**, retenant qu'il ressortait notamment des nombreux courriels échangés entre les parties, que les co-gérants avaient fait travailler le développeur sur la base de promesses de contracter qu'ils n'ont en réalité jamais eu l'intention de respecter
- La loyauté et la bonne foi doivent régir les relations contractuelles ET précontractuelles

Les clauses habituelles

1. Préambule
2. Définition
3. Documents Contractuels
4. Objet
5. Durée
6. Prestations – Phasage – Livrable
7. Recette
8. Dates Impératives
9. Obligations du Prestataire
10. Obligations du Client
11. Propriété intellectuelle / Confidentialité
12. Garanties
8. Personnels des parties
9. Gestion du projet
10. Limitation de responsabilité
11. Résolution / Résiliation
12. Droit applicable et Tribunaux compétents

Le Préambule

- **Fonction :**
 - Rappeler l' historique, le contexte et les objectifs du client
 - Présenter le prestataire, son expérience, ses déclarations et les raisons de son choix
 - Présenter la compétence du client
 - Rappeler les relations pré-contractuelles (cahier des charges / proposition du prestataire)
 - Exprimer les éléments déterminants du choix du client (respect du calendrier, des performances, des fonctionnalités déterminantes, prix des prestations, etc.)
- Le préambule doit être une partie intégrante du contrat (art. 1)

Les documents contractuels

- **Clause d'intégralité des documents contractuels :**
 - Cette clause peut exclure les documents pré-contractuels (propositions commerciales, cahier des charges, bon de commande, correspondances échangées, etc.)
 - Cependant, en pratique, ces documents sont souvent pris en compte par les juges en cas de litige
- **Clause de hiérarchie des documents contractuels :**
 - Contrat
 - Annexes
 - Spécifications fonctionnelles et techniques
 - PAQ
 - Cahier des charges
 - Proposition commerciale du prestataire
 - Documentation, etc.

L'objet du contrat

- Enonce les obligations essentielles des parties
- Importance de bien définir l'objet :
 - peut conduire à l'application d'un régime juridique spécifique (vente, louage, mandat, contrat d'entreprise, cession de droits, etc.)
 - permet de définir la nature des prestations confiées en cas d'opération complexe: licences, intégrations, maintenances, maîtrise d'œuvre.

Exemple : l'objet du contrat d'intégration

Le Contrat a pour objet de définir les termes et conditions dans lesquels le Prestataire :

- conçoit et réalise la **Solution**, conforme au **Référentiel de Conformité**, dans le respect des Dates Impératives et du prix [forfaitaire] prévus au Contrat ;

L'objet du contrat d'intégration

- réalise l'intégration de la Solution dans son Environnement d'Exploitation et sa mise en œuvre opérationnelle ;
- définit l'architecture technique nécessaire à l'utilisation de la Solution dans le respect des besoins fonctionnels, des performances et de la sécurité spécifiés au Référentiel de Conformité ;
- réalise la reprise des données ;
- assure la maîtrise d'œuvre, le pilotage et le suivi du Projet ;

L'objet du contrat d'intégration

- assure le transfert de connaissance et de compétence puis la formation de l'équipe du Client ;
- réalise la mise en œuvre opérationnelle de la Solution ;
- assure une assistance pendant la période de VSR ;
- cède à titre exclusif l'ensemble des droits de propriété intellectuelle afférents aux Eléments de Propriété Intellectuelle.

La durée

- **La date de prise d'effet du contrat :**
 - Une date antérieure à la signature : effet rétroactif pour prendre en compte les prestations déjà réalisées ;
 - La date de signature ;
 - Une date postérieure à la signature : sous condition suspensive ou à une date donnée.

La durée

- **Durée du contrat : le terme contractuel**
 - contrat à durée déterminée
 - le contrat prend fin à la date convenue au contrat, sauf tacite reconduction
 - l'exécution de l'objet du contrat marquera la fin du contrat
 - Exemple : le contrat d'intégration est un contrat à durée déterminée avec un terme incertain : la fin de la VSR ou la fin de la période de garantie.
 - contrat à durée indéterminée
 - le contrat peut prendre fin à tout moment moyennant le respect d'un préavis

La durée

- **La résiliation :**
 - Prévoir les conditions de la résiliation du contrat (même en l'absence de manquement du prestataire, le cas échéant assorti d'une indemnité pour le prestataire)
 - Prévoir une résiliation « de plein droit » en cas de manquement du prestataire
 - Ne pas être tenu par des médiations / conciliations / expertises obligatoires avant résiliation
- **Fin des effets du contrat : possibilité de prévoir des aménagements contractuels :**
 - Confidentialité, non-concurrence, non-débauchage, etc.

Le prix

- Définir clairement les éléments et prestations compris dans le prix, selon le mode de rémunération choisi (forfait, régie, régie plafonnée...)
- Lorsque le prix convenu est forfaitaire, ne pas faire référence dans le contrat à des jour/homme
- Ajuster l'échéancier de paiement aux remises de Livrables et aux Recettes
- Anticiper l'évolution du projet : comment traiter les demandes du client ?
 - Définir les évolutions / précisions

Les obligations du prestataire

- Obligation de moyens ou obligation de résultat ?
- Obligation d'assistance, de conseil et de mise en garde
- La maîtrise d'œuvre : pilotage, coordination, direction et contrôle des intervenants au projet

Le calendrier

- Définition de quelques **Dates Impératives** sur lesquelles le prestataire s'engage sur le fondement d'une obligation de résultat
- **Sanctions**
 - pénalités de retard
 - résiliation ou résolution du contrat
 - poursuite des prestations par un prestataire tiers
- **Approche positive : les bonus**
- Mais attention aux **délais impartis au client**
 - pour valider les livrables
 - pour répondre aux demandes d'information du prestataire
 - disponibilité de l'équipe client

Les obligations du client

- Payer le prix
- Collaborer avec le Prestataire
- Fournir au Prestataire l'ensemble des éléments que ce dernier lui aura demandés
- Mettre à disposition du Prestataire les éléments logiciels, progiciels et matériels nécessaires à l'exécution par le Prestataire de ses Prestations.

Confidentialité :

- Traiter plus particulièrement les éléments ayant trait au savoir-faire métier du client.
- La clause de confidentialité n'a pas vocation à être bilatérale

Suivi des prestations

- **Objectifs**
 - contrôler régulièrement la bonne exécution du projet
 - identifier rapidement toute difficulté d'exécution
 - être alerté sur toute dérive du projet (calendrier / prix / spécifications)
 - mettre en place des organes de suivi permettant
 - de dialoguer
 - de s'informer mutuellement
 - de collaborer en vue de trouver et de mettre en œuvre des solutions amiables aux problèmes rencontrés
- **Désignation des chefs de projet** : interlocuteurs privilégiés
 - définition des conditions de remplacement

Suivi des prestations

- **Le comité de pilotage**
 - Définir les modalités d'organisation des réunions
 - Personnes autorisées à y assister
 - Périodicité
 - Établissement de l'ordre du jour ...
 - Définir les missions et les pouvoirs du comité
 - Contrôler l'état d'avancement des travaux
 - Formuler toutes observations sur la qualité et la conformité des travaux entrepris...
 - Prévoir la procédure d'établissement et de validation du compte-rendu
- **Conséquences :**
 - Valeur contractuelle des PV de comité : ils ne peuvent modifier les documents contractuels
 - Attention au PAQ

La responsabilité

- **Rappel : dommages directs / indirects**
 - Articles 1150 et 1151 du Code civil : le cocontractant défaillant n'est tenu que des dommages nés directement de sa défaillance
- **Dommages matériels / immatériels**
- **Rappel : les dommages immatériels peuvent être des dommages directs**
 - Exemple : pertes de données

La responsabilité

- **Les clauses limitatives de responsabilité :**
 - Limitation en montant (plafond de responsabilité)
 - Limitation selon le « type » de dommages couverts
- **Validité**
 - réputées non écrites en cas de faute lourde ou dol
 - réputées non écrites lorsqu'elles « *contredisent la portée de l'engagement essentiel* » du contrat
 - à traiter en parallèle avec la question de l'assurance du fournisseur

Le personnel du prestataire

- Le délit de marchandage et le délit de prêt illicite de main d'œuvre (art. L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du Travail)
 - sanctions pénales (2 ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende)
 - sanctions civiles (nullité du contrat, action en concurrence déloyale de l'agence de travail temporaire)
 - demande d'intégration du salarié dans le personnel de l'entreprise d'accueil

La fin du contrat

- Résiliation pour convenance : clause de résiliation unilatérale
 - à des dates impératives
 - ou à tout moment
 - stipulant une indemnité de résiliation, le cas échéant.

Merci de votre attention

Avis important. Les informations contenues dans le présent document ne constituent pas des conseils juridiques et ne peuvent s'y substituer.

9, rue Royale, 75008 Paris

Tél : 33 (0)1 70 71 22 00 - Fax : 33 (0)1 70 71 22 22 - E-mail : epapin@feral-avocats.com

www.feral-avocats.com