

DROIT DE L'INFORMATIQUE

Quelques réflexions sur des questions contractuelles liées à l'informatisation des entreprises

Y. POULLET

Directeur du C.R.I.D.

(F.N.D.P. - Namur).

Centre de Recherches Informatique et Droit
des Facultés Universitaires
de Namur (Belgique)

Objet

Les présentes réflexions ont un objectif limité. Il ne s'agit pas par elles de couvrir l'ensemble des questions liées à l'informatisation des entreprises, ni d'envisager la richesse des clauses susceptibles de les régler mais, simplement et plus modestement, d'illustrer à partir d'un casus, les difficultés, de préciser sur un mode contractuel, quelques unes des attentes nées du système informatique à mettre en place.

Il est clair dès lors que nous n'avons pas voulu être exhaustif et que notre objectif sera atteint si ces exemples éveillent chez le lecteur l'idée des enjeux liés à l'écriture des clauses des contrats informatiques.

Casus

Une entreprise CIFACIL, membre d'un groupe international, est spécialisée dans la distribution d'appareils électroménagers auprès de revendeurs.

Elle dispose de succursales ou lieux de dépôts en différents endroits de la Belgique et désire compléter son informatisation. Ainsi, elle entend informatiser de façon complète et intégrée sa comptabilité clientèle et sa gestion de stocks.

L'analyse des besoins faite au sein de la firme laisse en effet apparaître la nécessité d'avoir dans chaque succursale un ou deux

postes de travail intelligents, dialoguant en interactif avec un ordinateur central et une base de données y implémentée. Les fonctionnalités du réseau ainsi créé seraient notamment les suivantes :

1- tant chaque succursale reliée que le siège social doivent pouvoir connaître dans la langue de l'endroit de leur localisation, l'état des stocks dans chaque succursale, un système de courrier électronique devant en outre permettre d'envoyer des messages d'un poste à l'autre (p. ex. en cas de manquement de pièces dans une succursale, possibilité d'en réserver auprès d'une autre succursale). Cette gestion automatisée des stocks permettant de déclencher des commandes centralisées auprès des fournisseurs.

2- chaque poste de travail doit pouvoir éditer des factures de sortie, en tenant compte d'une liste de prix actualisée au jour le jour et figurant dans la base de données centrale, chaque facture donnant lieu au déclenchement d'une opération comptable.

3- certaines statistiques doivent pouvoir être effectuées à partir des informations recueillies lors des opérations de fournitures. Elles doivent permettre de mieux connaître le profil des clients et de déclencher ainsi des opérations promotionnelles ou publicitaires adaptées.

On ajoutera :

que la société envisage, sa configuration étant déjà actuellement saturée, d'acquérir une nouvelle configuration qui devra bien évidemment fonctionner avec la première pour certaines fonctionnalités,

que la société devra vraisemblablement recourir au leasing pour financer l'acquisition de cette configuration supplémentaire.

Analyse de quelques questions

L'analyse que nous proposons suit une démarche chronologique :

- le premier chapitre est préjudiciel : faut-il réellement un contrat écrit? Quelle importance peut revêtir le libellé de telle ou telle clause?

- le deuxième chapitre traite des questions liées à la détermination des contractants, un ou plusieurs contractants? Quelles conséquences peut avoir sur le contrat de leasing, un litige relatif au contrat financé?

- le troisième chapitre, enfin, analyse quelques problèmes liés à la conception du système ou à son suivi. C'est surtout sur ce point que nous n'avons pu être exhaustif, nous limitant à épinglez quelques clauses.

I. UN CONTRAT... POUR QUOI FAIRE ?

Un bon contrat est celui que l'on met dans le tiroir, une fois conclu et qui, en principe, ne servira plus.

Si telle est la définition d'un bon contrat, est-il vraiment nécessaire d'en rédiger un? La réponse est positive. Certes, un contrat ne peut tout prévoir. Certes un contrat ne peut suppléer à la mauvaise qualité d'un fournisseur ; le choix de celui-ci (ou ceux-ci) restant la première condition de réussite de l'opération d'informatisation, il n'empêche que ses fonctions sont nombreuses.

1- La fonction de répartition des risques : la complexité d'une opération d'informatisation exige que chaque partie soit consciente des risques qu'elle prend, c'est-à-dire que les ayant identifiés, elle convient avec sa contractante de leur répartition.

Ainsi, le coût d'un projet, le calendrier de sa réalisation, les qualités d'un logiciel dépendent de paramètres dont la plupart peuvent être définis et dont chaque partie peut accepter en pleine conscience de prendre ou non la responsabilité.

Deux exemples :

a) en matière de coût d'élaboration d'un logiciel, il est clair qu'un contrat en régie laissera au client l'entière responsabilité des risques de la non définition du coût du projet mais qu'à l'inverse, l'indication d'un prix forfaitaire pour la réalisation de certaines fonctionnalités définies met à charge du fournisseur, les imprévus relatifs à la réalisation concrète du projet. Bien des formules intermédiaires existent, ainsi telle société fixe a priori un devis (nombre d'heures, x rémunération) en affirmant que tout dépassement motivé du nombre d'heures ne pourra être facturé qu'à 50% de la rémunération normalement prévue :

b) en matière de calendrier de réalisation, la fixation d'une date pour l'achèvement des travaux impose au fournisseur qu'il maîtrise bien des événements, ainsi la sécurité de ses approvisionnements, la fidélité de son personnel, mais également la formation et certains éléments organisationnels propres à l'entreprise de l'utilisateur. A cet égard, on peut lui suggérer d'exclure sa responsabilité pour certains des événements cités.

La suite de l'exposé mettra en évidence bien d'autres exemples de l'intérêt de cette première fonction.

2- Cette nécessité d'une répartition consciente des risques permet de répondre aux incertitudes des textes législatifs, le contrat a une fonction d'explicitation du droit commun.

Dans notre exemple, il est clair que le groupe dont relève CIFACIL peut souhaiter étendre aux autres membres du groupe la solution proposée à CIFACIL. Peut-elle copier le logiciel développé et l'installer d'initiative? Qui est titulaire des droits sur le logiciel développé? Celui qui finance et a remis au fournisseur l'ensemble des données nécessaires à la confection du programme, est-il titulaire des droits intellectuels sur ce programme, voire simplement cotitulaire? Ou la titularité des droits est-elle réservée à celui qui écrit le programme?

3- De cette deuxième fonction découle une troisième : *le contrat a pour but de prévenir les litiges*. En cas de désaccord, des parties contractantes sur l'existence ou la portée des obligations, le comportement des parties sera fonction de l'anticipation qu'elles font de la solution du juge. Plus il est probable que le juge condamne, plus une partie contractante sera disposée à s'exécuter.

Ainsi, une claire identification des risques, leur répartition consciente avec les implications financières de cette répartition, une traduction adéquate de cette répartition dans un document contractuel apparaissent comme une garantie auxiliaire mais précieuse de la réussite d'un projet.

II. UN CONTRAT... AVEC QUI ?

A diverses prestations répond souvent la nécessité d'envisager différents prestataires, mais non nécessairement différents contractants.

La situation du casus permet de concevoir cette diversité des prestations. Ainsi, l'entreprise CIFACIL peut songer à des prestations en matériel tant ordinateur central que micro, répartis en logiciel de base, en logiciel d'application, en modems de

télécommunications, sans oublier le leasing qu'il sera nécessaire de conclure.

A- Le leasing

Commençons par ce dernier point, le leasing portera normalement sur la seule fourniture du matériel en ce compris les logiciels de base qui ne sont en fait que l'accessoire indispensable à l'utilisation du matériel. Il est douteux, c'est l'avis de nombre d'auteurs, que le leasing puisse convenir en matière de logiciel non point parce qu'on ne peut pas parler de vente de logiciel mais simplement parce que le logiciel est en constante évolution, que sa valeur fluctue et, en cas de logiciel sur mesure, est liée à l'intérêt de l'entreprise qui l'acquiert. La conclusion d'un contrat de leasing n'est pas sans incidence sur le déroulement de l'exécution du contrat. La plupart des conditions générales de leasing établissent que le locataire, en l'occurrence l'entreprise CIFACIL, doit payer les loyers au lessor, la société de leasing, et ce nonobstant disparition, détérioration, non fonctionnement, ou destruction des biens donnés en leasing.

Le lessor se déclare -et la jurisprudence valide cette exonération- libéré expressément de toute responsabilité quelconque du fait ou en raison du bien, par exemple en cas de non livraison, de non conformité, de vices cachés, etc... En contrepartie, il céderait au preneur de leasing, l'ensemble des droits et actions dont il dispose en tant qu'acheteur contre le vendeur.

En d'autres termes, le preneur de leasing est mandaté explicitement ou implicitement pour agir contre le vendeur de matériel soit en exécution, soit en résolution du contrat. Cette action n'aura pas pour effet de l'autoriser à suspendre ses paiements.

Certes, s'il obtient résolution du contrat aux torts du vendeur, et dès lors du contrat de leasing qui n'en est que l'accessoire, il pourra obtenir condamnation de ce dernier à la réparation intégrale du préjudice en résultant, selon E. de CANNART d'HAMALE et G. VANDENBERGNE, les contrats informatiques, Précis de la Faculté de Droit de Namur, 1983, n°48, le vendeur devra payer

au lessor :

- 1- le prix d'acquisition augmenté des intérêts et des frais mais diminué de la part du capital compris dans les loyers déjà payés ;
- 2- la part de bénéfices actualisés, comprise dans les loyers restant à échoir" ;

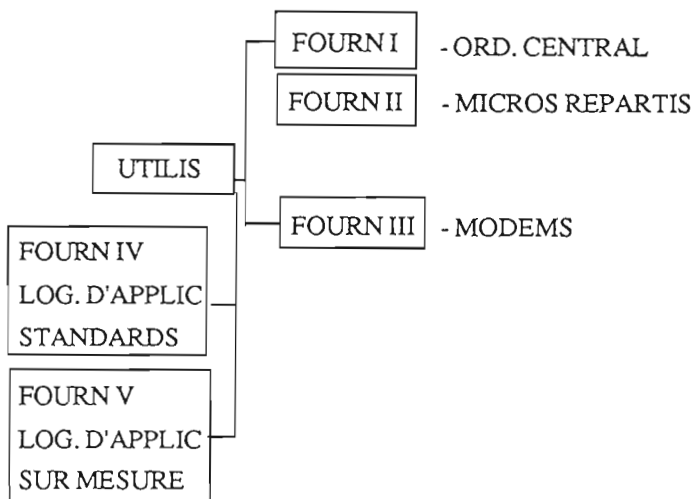
au lessor

- 1- les loyers versés au lessor :

2- les autres frais ou manques à gagner éventuels prouvés".

B- La structure contractuelle

En ce qui concerne les autres prestations, on imagine aisément que chacune d'elles pourrait faire l'objet d'un contrat.



A ce schéma, peuvent s'ajouter les prestations de maintenance en particulier lorsqu'elles sont le fait d'un tiers ; la tierce maintenance (Third Party Maintenance) est une pratique de plus en plus développée mais qui n'est pas sans risque.

La situation née de la pluralité de contractants présente des dangers. Combinant l'application des articles 1134 et 1165 (isolationisme contractuel), chaque partenaire se targuera de l'autonomie juridique complète de sa prestation et refusera toute interdépendance avec la naissance ou l'exécution des obligations souscrites par les autres contractants.

L'interdépendance des prestations, la nécessité d'assurer le dialogue entre chaque élément (par exemple, comptabilité des logiciels implémentés sur les micros et ceux sur l'ordinateur central) exige non seulement la cohérence de l'ensemble mais peut être au-delà le choix d'un maître d'oeuvre, contractant unique, qui non seulement conduira chacune des prestations même accomplie par différents partenaires mais supportera la responsabilité du tout.

Sans aller jusqu'à cette désignation d'un partenaire contractuel unique qui peut s'avérer dangereuse (Quid en effet, si ce partenaire tombe en faillite) ce partenaire, même obligé pourra-t-il répondre efficacement si un élément de l'ensemble s'avère inadéquat? On signale ici, par exemple, toutes les difficultés

su. Les par la maintenance effectuée par des tiers), l'entreprise CIFACIL peut parer à certains risques nés de la diversité des prestataires, en incluant certaines clauses, ainsi certains "statements" relatifs à la portabilité ou à la compatibilité opérationnelle parfaite de tel élément fourni par lui-même et de tel autre élément fourni par un tiers. De même, elle se réservera la possibilité de demander que, dans le cadre de ses prestations de la maintenance, le fournisseur du logiciel sur mesure garantisse que son logiciel sera à tout moment adapté aux nouvelles releases des logiciels de base. Enfin, il ne sera pas inutile que certaines clauses d'exonération puissent libérer l'entreprise CIFACIL de ses obligations envers un fournisseur, en cas de défaillance d'un autre fournisseur.

C- Solution sur mesure ou adaptation de logiciel

Les besoins à l'origine de la demande d'informatisation de CIFACIL, sans être classiques, rejoignent sans doute en grande partie ceux d'autres entreprises et il y a gros à parier que certains logiciels permettent d'accomplir la plupart des fonctionnalités décrites. Certains fournisseurs n'hésiteront pas à proposer dès lors des contrats de progiciel et promettent l'adaptation de ceux-ci.

La solution sera bien souvent pécuniairement plus intéressante que celle qui consiste à réécrire tout un programme sur mesure.

La signature d'un contrat de progiciel avec clause (parfois même non stipulée par écrit) d'adaptation peut être source de litiges. Bien souvent, l'utilisateur, séduit par les similarités fonctionnelles que présente le progiciel retenu avec celles qu'il a en vue, se contente d'une promesse vague d'adaptation.

Il est bon, me semble-t-il, que l'entreprise exige du fournisseur de progiciel "adaptable" certaines précisions et garanties, ainsi il est bon que d'emblée, l'un et l'autre déterminent les écarts de fonctionnalité entre le progiciel et la solution à atteindre, qu'un devis au moins approximatif permette d'évaluer à la fois le calendrier et le coût de cette adaptation, qu'enfin, le fournisseur confirme que l'adaptation n'exigera pas l'acquisition de matériels ou logiciels supplémentaires et, qu'a priori, elle ne détériorera pas, de façon significative du moins, les performances du progiciel (par exemple, dégradation des temps de réponse suite à la nécessité d'effectuer la fonction supplémentaire de calcul statistique non prévue dans le progiciel).

III. UN CONTRAT... AVEC QUEL CONTENU ?

Il est impossible dans ce point III d'être exhaustif. Nous nous contenterons d'épingler quelques considérations relatives à des

questions que nous considérons comme importantes pour la réussite du projet CIFACIL.

- la définition contractuelle des qualités d'un logiciel ;
- le problème du suivi du logiciel.

A- La définition contractuelle des performances ou des qualités d'une configuration

Les contrats informatiques les plus récents, en particulier les contrats clés en mains portant sur une configuration envisagée globalement, se risquent à préciser en des clauses techniques les qualités et performances d'une configuration.

Sans vouloir être exhaustif sur ces qualités (cf. à cet égard, le chapitre V de l'ouvrage de J. HOORENS "Les contrats de développement de logiciel sur mesure". Précis de la Faculté de Droit de Namur 1986), nous relevons des clauses relatives :

- à *la fiabilité d'un système* : c'est-à-dire la mesure dans laquelle les résultats générés sont attendus sur base de spécifications. Les clauses relatives à la fiabilité d'un système définiront le taux d'erreur acceptable ;

- à *la portabilité* d'un système ou plutôt d'un logiciel : c'est-à-dire la mesure dans laquelle un logiciel pourra être exploité sur une configuration différente de celle sur laquelle il est exploité actuellement.

Ce point peut être particulièrement important si l'entreprise désire à un moment donné transporter certaines applications d'une configuration à une autre. On relèvera la clause suivante :

"Il est explicitement entendu entre les parties que les logiciels d'application développés ne seront portables que sur les équipements suivants dont la liste est limitative..."

Par *portabilité*, on entend la possibilité de mise en oeuvre opérationnelle de ces logiciels, assurant un niveau de performances relatives des équipements utilisés, moyennant une intervention du fournisseur, dans le cadre du contrat de maintenance, se limitant à ... jours/hommes au maximum".

- à *la modularité d'un système* : c'est-à-dire la mesure des possibilités d'extension d'une configuration par ajout de nouveaux éléments mais sans remise en cause des choix essentiels déjà faits et ce en fonction de besoins nouveaux ou croissants de l'entreprise.

Ainsi, si l'entreprise CIFACIL ouvre cinq succursales supplémentaires, elle pourrait être obligée de prévoir des portes

d'accès supplémentaires, des unités disques (capacités-mémoires), une augmentation de puissance de la configuration centrale. Dans quelle mesure, le système est-il modulaire et permet-il, sans révision de la configuration actuelle, de se contenter d'ajouter quelques incréments supplémentaires tout en conservant les mêmes fonctionnalités (même temps de réponse, disponibilité, etc)?

- à la *sécurité* d'un système : les aspects "sécurité" d'un système sont nombreux. **Ils peuvent impliquer :**

- que les logiciels assureront l'intégrité des informations tant à l'égard de l'extérieur (contrôle des accès, etc.) que des événements internes (coupures de courant, panne de disques, etc.)

- que ces mêmes logiciels permettront des contrôles d'accès (par exemple, les succursales ne pourront avoir accès qu'aux données relatives à la clientèle ou seules telles personnes dans l'entreprise pourraient émettre des ordres de paiement) ;

- que les copies de back up se feront dans tel délai et, automatiquement, selon tel ou tel critère ; enfin, qu'en cas de redémarrage après une panne, un minimum de manipulation doit être prévu et qu'aucune opération ne sera perdue.

- à la *conformité* d'un système à telle réglementation ainsi, le logiciel comptable devrait répondre au plan comptable normalisé, les dossiers relatifs aux clients devraient répondre aux prescriptions d'une législation de protection des données.

Ces différentes qualités notées, nous nous proposons de nous attarder à l'analyse de deux qualités particulières ; la disponibilité du système et la performance de celui-ci exprimée en temps de réponse.

1- La disponibilité du système

Par taux de disponibilité du système, on entend le rapport entre la période effective de fonctionnement du système et celle du temps de production souhaité par l'utilisateur et défini dans le contrat :

$$D = \frac{P - I}{P} \times 100$$

D = disponibilité en %

P = temps de production (p.ex. tous les jours ouvrables de 7H30 à 19H30)

I = temps d'indisponibilité

La disponibilité de la configuration est définie de façon

globale, c'est-à-dire pour l'ensemble de la configuration. Il est à noter que les amendes prévues dans le même contrat sont calculées de façon forfaitaires par heure et par terminal.

On peut concevoir que les fournisseurs hésitent à s'engager dans une telle voie. Ainsi,

1) ils souhaiteront par une définition de la notion de panne exclure toute *cause d'indisponibilité* non imputable à un propre fait (ex. déficience d'un logiciel d'application fourni par un tiers, erreur de manipulation du client) ;

2) ils préciseront la *notion d'indisponibilité* notant que "tout moyen même dégradé d'assurer la fonctionnalité du système ne peut être comptabilisé comme indisponibilité de la configuration" ;

3) ils préféreront à la *sanction proposée* celle du crédit pour chaque heure d'indisponibilité ;

4) enfin, ils définiront les éléments sur lesquels portera le calcul de l'indisponibilité. A cet effet, on note que bien souvent, les fournisseurs restreignent à une *configuration dite "minimale"* la garantie de disponibilité qui leur est demandée, c'est-à-dire essentiellement les éléments du site central indispensables au fonctionnement des applications essentielles prévues, à l'exclusion de certains périphériques, de certaines applications et des terminaux.

"La garantie de 95% demandée est octroyée pour une configuration minimale, c'est-à-dire pour les composants principaux du système et moyennant l'installation de la configuration proposée".

2- Le temps de réponse

L'acceptation par le personnel d'une entreprise d'un système informatique dépend principalement de deux qualités du système : la *convivialité* et le *temps de réponse*.

Cette seconde qualité dépend de nombreux facteurs. Ainsi, il est clair que le temps de réponse dépendra de la structure et de la puissance de la configuration, du réseau de télécommunication, des procédures de sécurité mises en place (l'intervention de certains logiciels de vérification automatique de validité d'un message peut ralentir les temps de réponse) et de bien d'autres facteurs. Aussi, il peut être dangereux de privilégier ce facteur au détriment d'autres.

Ces précautions prises, quelles solutions contractuelles peuvent être proposées?

D'emblée, on opposera deux types de clauses :

la première pourrait s'énoncer comme suit :

"Il est spécifiquement entendu entre les parties que les caractéristiques opérationnelles du logiciel d'application en ce qui concerne les temps de réponse seront considérées comme satisfaisantes si, quel que soit le temps de réponse constaté, l'exploitation du logiciel assure au client un gain de productivité mesurable par rapport aux procédés anciens.

A titre d'exemple, et sans que cette liste ne soit limitative, ce gain de productivité pourra être mesuré sur base des critères suivants : délai de production d'états spécifiques (bulletin de paye, ordres de virement, factures, clôtures comptables manuelles, état budgétaire, calcul de prix de revient, planning de productin, etc.), nombre d'hommes/jours affectés à une tâche déterminée, délai d'obtention d'informations, etc. Ces critères sont définis de façon précise à l'annexe..."

Selon cette première solution, les temps de réponse ne sont pas définis de façon spécifique, c'est-à-dire par transaction, mais par *gain de productivité* mesuré sur l'ensemble des opérations effectuées par l'entreprise.

- la seconde, plus contraignante pour le fournisseur, stipule :

"Par temps de réponse, on définit la période de temps qui, en charge réelle, s'écoule entre l'envoi d'une commande de transaction à un terminal (enter) et l'application du premier caractère de la réponse à cette commande, étant entendu que cette réponse est fournie de façon continue et que le premier caractère soit significatif".

"Un temps de réponse acceptable est exigé pour l'ensemble du système.

Par temps de réponse acceptable, on entend :

- pour ce qui concerne les transactions simples (= transactions non complexes), un temps de réponse qui ne soit pas supérieur à 3 secondes dans 90% des cas ;

- pour ce qui concerne les transactions complexes (nécessitant la mise en oeuvre de plusieurs fichiers), un temps de réponse qui ne soit pas supérieur à 5 secondes dans 90% des cas ;

- ce temps de réponse ne pourra en aucun cas dépasser les 7 secondes".

La sanction en cas de non respect du temps de réponse est définie alors comme l'obligation pour le fournisseur de mettre à

disposition, dans un bref délai et sans supplément de prix, les moyens informatiques "logiciel et matériel" nécessaires pour l'obtention des performances promises contractuellement.

De tels engagements sur des temps de réponse précis nécessitent souvent certaines précisions. Ainsi, l'engagement décrit ci-dessus pourrait être assorti de conditions :

- quant au taux de chargement des lignes, c'est que serait exclue la garantie en cas de concentration anormale des transactions ;

- quant aux applications envisagées ;

- quant au réseau (type de réseau et vitesse de celui-ci) ;

- quant au nombre d'écrans connectés à la configuration centrale.

Des précisions sur les notions de transactions simples et complexes sont également nécessaires. Ainsi, l'interrogation sur le nom d'un client est vraisemblablement une transaction simple, mais la création d'un nouveau signalétique l'est-elle encore ?

B- Le suivi du logiciel

Plus de 50% des coût d'une configuration sont des coûts de maintenance. Il est habituel de distinguer la *maintenance correction* qui vise toutes les activités liées à la correction des erreurs ou à la réparation de pannes hardware et la *maintenance adaptation* qui vise toutes les activités d'adaptation du logiciel à des besoins nouveaux et différents de ceux couverts par l'analyse fonctionnelle initiale.

Si les questions soulevées par la maintenance correction sont d'ordinaire bien identifiées et trouvent des réponses adéquates dans le cadre des contrats de maintenance, le problème de la maintenance adaptation plus important, nous semble-t-il, est rarement rencontré de façon adéquate. Notre ambition est d'en proposer une brève analyse à travers le libellé de quelques clauses.

Par "maintenance adaptation", les parties entendent les futures adaptations du logiciel d'application à de nouvelles normes extérieures telles que nouvelle législation, nouveau système d'exploitation ... en ce non compris la correction des erreurs de programme. Cette maintenance peut être assurée par le fournisseur dans le cadre d'avenants au présent contrat".

Deux préoccupations nous paraissent rencontrées par la clause :

- la définition ou l'*objet* de la maintenance-adaptation ;

- la modalité contractuelle de cette couverture

1- L'objet de la maintenance adaptation

La maintenance adaptation dans la clause proposée couvre les adaptations à l'environnement nécessaires lors d'une évolution de la configuration (p.ex. nouvelles versions d'un logiciel de base ; changement de matériel étant donné la nécessité de capacité mémoire supplémentaire) mais également celles nécessitées par des modifications réglementaires. Dans le cadre de certaines applications (p.ex. applications salariales ou comptables), cette exigence d'une implémentation rapide des exigences réglementaires nouvelles est à prendre en considération de façon prioritaire. La clause suivante prévoit même les délais de réalisation de cette adaptation :

"La maintenance adaptation comprend toutes les modifications, adaptations et ajustements nécessaires pour que les logiciels satisfassent à tout moment de la vie du contrat aux exigences de la réglementation applicable aux activités de l'utilisateur.

Le fournisseur s'engage à réaliser ces modifications, adaptations et ajustements dans les 2 mois de la notification faite par le client du changement de réglementation et des conséquences que ce changement entraîne".

Un tel engagement peut paraître lourd au fournisseur qui peut être tenté d'exclure des refontes essentielles des textes réglementaires, c'est-à-dire celles remettant en cause fondamentalement la structure des programmes d'application et d'ajouter que les garanties, en particulier en matière de temps de réponse, cèdent en cas de demande d'adaptation.

A ces exigences de *continuité* des fonctionnalités de la configuration dans un environnement technique et réglementaire changeant, s'ajoute parfois une exigence d'adaptation à des besoins nouveaux exprimés par l'utilisateur : c'est ce que l'on qualifie de maintenance nouveauté. Deux types de clauses répondront, l'un, aux intérêts de l'utilisateur ayant un droit à l'adaptation demandée, l'autre, aux intérêts du fournisseur, lui laissant la liberté de décliner cette demande :

"Bien que nous examinerons toujours favorablement toute requête d'accéder à une demande de modification, d'addition ou de correction aux travaux ou livraisons convenues, nous ne serons aucunement tenus à accéder à une telle demande.

Un tel accord ne peut être donné qu'expressément et par écrit".

2- Les dispositions contractuelles nécessaires à assurer la maintenance

Faut-il convenir des prestations de maintenance adaptation dans un contrat séparé ou dans le contrat de base, c'est-à-dire celui portant sur les prestations matériel et logiciel ?

L'utilisateur peut être tenté d'attendre qu'un problème se pose pour se tourner vers son fournisseur et lui demander l'adaptation voulue. La solution peut présenter des avantages si le risque d'adaptation est faible. Si celui-ci est grand, il est utile de conseiller à l'utilisateur d'insérer d'emblée dans sa convention de base des dispositions contractuelles, donnant à ce dernier certains droits vis-à-vis du fournisseur. Le coût de l'insertion de ces clauses vaut largement, nous semble-t-il, le risque de voir le fournisseur, souvent interlocuteur obligé, se dérober face à des demandes qui peuvent être lourdes et pour lesquelles le personnel affecté au projet initial aura disparu ou sera indisponible.

Il est clair cependant que ces clauses ne pourront tout résoudre. Il est certain qu'un avenant sera nécessaire pour préciser l'ampleur de la modification, le coût de celle-ci.

L'utilisateur peut cependant souhaiter que la signature de cet avenant soit précédée de l'obligation pour le fournisseur de rédiger en "devis" : la clause suivante répond à cette préoccupation :

"Si, pendant la durée du marché, il s'avère que la solution proposée doit être modifiée, soit sur base de renseignements complémentaires procurés par le client conformément à l'article..., soit afin de pouvoir tenir compte des techniques les plus récentes en la matière, soit pour n'importe quelle autre raison, chacune des parties s'oblige à informer immédiatement le co-contractant des répercussions que ces circonstances auront sur la modification de l'objet du contrat, les descriptions techniques, les délais d'exécution et le prix. Ces modifications feront l'objet d'un avenant au présent contrat signé par les deux parties".

La notion de "*durée du marché*" distincte de celle de réalisation du contrat de base permet à l'utilisateur le droit d'exiger le maintien des fonctionnalités du système au-delà de la période de réception définitive. A cet égard, on rapprochera les deux clauses suivantes :

"Le marché prend cours à la signature du contrat pour se terminer 5 ans jour pour jour à partir de la réception définitive..."

"Pendant toute la durée du marché, l'adjudicataire garantit que chaque programme répond aux exigences contenues dans le présent contrat..."

Yves POULLET