

PRE-REQUIS JURIDIQUES AUX ERP

Maître André MEILLASSOUX*

Le rôle du juriste dans la mise en place d'un ERP est loin d'être négligeable : c'est par lui, en effet, que s'effectue le contrat, outil de gestion indispensable de tout projet d'intégration d'ERP. Il intervient souvent à nouveau en « service après vente », en cas de dérapage de projets et, si on en arrive à cette extrémité, en cas de litige.

L'outil de gestion indispensable du projet ERP est le schéma contractuel.

1. L'utilité du contrat

Les conditions de négociation et de rédaction du contrat sont parfois complexes : les juristes, qui ont souvent peu de liens avec l'informatique, sont en général consultés tardivement par les directions générale ou fonctionnelles, notamment les équipes projet, et seulement à ce stade terminal, où l'on formalise des discussions qui durent parfois depuis longtemps. Pourtant, le contrat est un outil indispensable qui doit permettre de réconcilier les techniciens, les juristes, les acheteurs et la direction générale autour d'un même document. De fait, les projets d'intégration de logiciels sont parfois considérés comme la « quadrature du cercle », puisqu'il est très difficile de s'entendre sur un budget forfaitaire et un délai fixé à l'avance, pour faire aboutir un projet, sur lequel la visibilité réelle, en termes de résultats, est faible. L'entreprise qui projette une intégration de l'ERP doit mettre toutes les chances de son côté pour éviter les dérapages. Pour cela, il faut des instruments de gestion du projet : au premier chef, c'est le schéma contractuel qui permettra de déterminer facilement les responsabilités des différents acteurs. Le contrat est la clef de voûte du système, que ce soit pour la prévention des dérapages, le remède quand ils surviennent, ou la réparation s'ils ont causé un retard ou un échec. Pour

* BMHAVOCATS, <http://bmhavocats.com>

cela, il faut avoir déterminé, dès l'origine, un schéma contractuel clair. Plusieurs impératifs se rencontrent dans le contrat :

- le contrat est le lieu de la formalisation des relations qui vont s'établir entre les différents acteurs et les engagements qu'ils prennent ;
- il contient un ensemble de clauses, non seulement juridiques, mais aussi de nature opérationnelle, pour la conduite du projet ;
- il doit être conçu comme un outil de gestion du projet, tant en mode normal, qu'en cas de problèmes.

Il faut autant que possible éviter le contentieux si un projet ERP rencontre des difficultés ! Ces projets très lourds, qui nécessitent des dépenses et des engagements considérables, ont en effet un impact stratégique important, et les conséquences d'un échec peuvent être très graves.

2. Comment construire un contrat ?

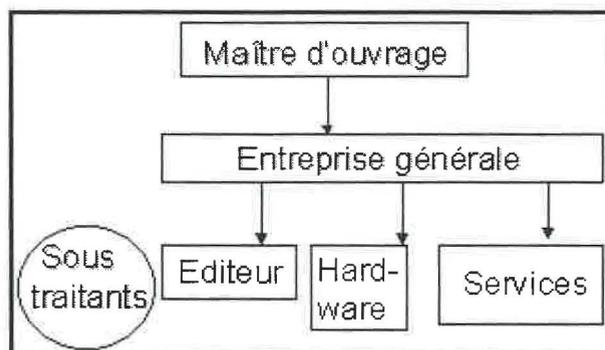
2.1 Les acteurs

Il convient de les identifier : qui sont-ils ? Sont-ils à la bonne place ? Il y a en général beaucoup d'acteurs dans ce type d'opération : clients, éditeurs, fournisseurs, intégrateur- maître d'œuvre... Seul un schéma clairement défini permet d'assurer une certaine cohérence à l'ensemble.

2.2 Le choix de schéma contractuel

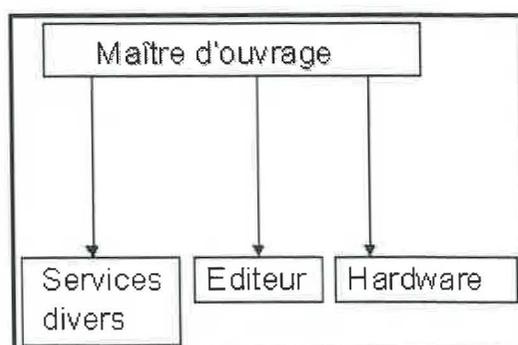
L'entreprise doit opter pour l'un des trois schémas suivants :

- **Le schéma « clé en main », réalisé par une « entreprise générale », qui gère le tout et qui est le seul interlocuteur du client.**



Ce schéma est le plus souvent recherché par l'entreprise, rassurée par l'expression « clé en main ». Il se fonde en effet sur un seul contrat, réalisé uniquement avec l'entreprise, qui prend un rôle du type « entreprise générale », comme on l'appelle dans les grands projets de construction ou de livraison à l'exportation d'usines clé en main. Pourtant, ce schéma ne convient pas : un projet informatique nécessite en effet l'implication totale de l'entreprise et l'expression de ses besoins. Or, un contrat « clé en main » revient à confier toute latitude à l'entreprise générale : le projet perd alors en visibilité et en transparence, sans parler du danger qu'il y a à confier à une seule personne extérieure la gestion du projet. De plus, dans la pratique, c'est le client qui choisit l'ERP (même si l'intégrateur le préconise) : il ne souhaite pas payer un « mark-up » sur le prix de la licence. C'est lui qui conclut le contrat et donc qui gère dans le temps la relation en direct avec l'éditeur. Enfin, le coût de ce schéma est généralement de 15 à 30% plus élevé que celui des autres contrats, qui correspond au coût de gestion et de prise de risque de l'entreprise générale.

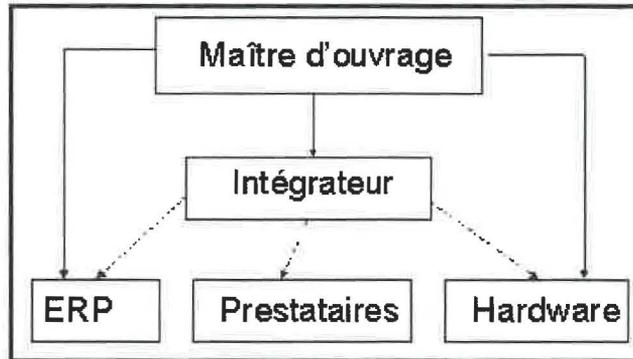
• **Le schéma sans intégrateur.**



Ce schéma ne convient pas non plus : il manque en effet un architecte ou un maître d'œuvre qui ne soit ni le client, ni les « artisans », qui conçoit et contrôle le projet indépendamment des fournisseurs d'ERP, de services et de hardware. C'est la situation dans laquelle l'entreprise peut se trouver lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'éditeur de l'ERP et qu'il ne lui propose qu'un « contrat de licence » avec des services associés, ou lorsque le prestataire de services ne prend pas un niveau d'engagement suffisant. Il faut à ce type de projet un intégrateur-maître d'œuvre.

• **Le schéma avec un « intégrateur-maître d'œuvre ».**

Ce schéma doit pouvoir garantir l'obtention d'un contrat équilibré, ce qui est une condition du succès de l'intégration d'un ERP. Dans ce schéma, le maître d'œuvre est un « architecte » : il doit prendre un fort niveau d'engagement sur le déroulement du projet, qui le rend responsable de la conception, de la réalisation et de la bonne fin du projet. De plus, il supervise, coordonne, voire gère la relation avec les contractants du maître de l'ouvrage.



L'intégrateur peut être l'unique interlocuteur du client, mais il est recommandé que le client ait un contrat final avec l'ensemble des acteurs. Le maître de l'ouvrage doit en particulier avoir une relation directe avec l'éditeur : il peut acheter les composants de son système sur préconisation de l'intégrateur (hardware et software), mais il est bon qu'il soit maître de sa relation avec les fournisseurs. L'intégrateur garde tout de même un rôle fondamental au centre du dispositif. Son rôle est celui d'un maître d'œuvre, tandis que le maître d'ouvrage a un rôle propre, qui ne doit pas être confondu avec celui de l'intégrateur. Le contrat doit donc bien distinguer les rôles de chacun. Enfin, il faut bien réaliser et faire ressortir du contrat en particulier la *double fonction* de l'intégrateur : il gère une série de tâches qui se rattachent à la partie organisation/coordination/suivi ; ce sont ce qu'on appelle les tâches « transversales » du projet, et ces tâches « d'organisation » se distinguent des tâches se rattachant à la partie « réalisation » d'éléments concrets, souvent matérialisés par la livraison de « livrables » ; ce sont notamment les tâches de réalisation d'études, mais aussi de paramétrage du progiciel et de réalisation des développements informatiques spécifiques. Cela fait un double objet au contrat qui doit ressortir de l'article de ce nom dans le document, qui détermine la *double nature juridique de la mission* à confier à l'intégrateur.

2.3 Structure du contrat

Un contrat se divise en trois parties :

1. Les articles « structurants » du contrat, au premier chef l'article « objet », essentiel, qui est introduit par un « préambule », renseignant sur le contexte du contrat ; il sert à définir la mission confiée et le « périmètre » de l'intervention du prestataire. Il est couplé au « prix » qui doit correspondre au périmètre et doit être encadré par les définitions, qui font l'objet d'un article spécial et évite redondances et imprécisions. L'article « objet » servira à un juge ou à un arbitre à définir le niveau d'engagement et à qualifier le rôle, plus ou moins important, confié à chaque partie.

2. Les clauses « du milieu », qui sont également importantes et souvent négligées dans les contrats que l'on rencontre ; elles doivent être considérées avec une attention

particulière. Ce sont les clauses de nature opérationnelle qui concernent la manière dont le projet va être conduit, à certaines phases clés ; elles contiennent entre autres le phasage du projet -à savoir les étapes successives et les livrables associés aux fins de phases, qui marquent des jalons dans le déroulement du projet. Ce sont aussi les clauses de recettes (recettes ponctuelles des livrables, mais à distinguer de la « recette d'intégration », qui est le moment où tous les acteurs convergent pour la livraison du système complet), et les clauses de garanties. Ces clauses ont parfois une double nature opérationnelle, c'est-à-dire descriptive des processus importants du projet et juridique. La recette marque la fin d'une obligation précise, le fait que le prestataire concerné est censé être libéré de son engagement vis-à-vis du client. Il ne faut pas renvoyer ces clauses dans des annexes techniques ou des plans d'assurance qualité, car elles ont une forte portée juridique, en sus de leur utilité pratique.

3. Les clauses de la « fin », qui sont purement juridiques mais doivent être vérifiées avec attention, pour s'assurer du niveau d'engagement. Ce sont les clauses fixant la responsabilité du prestataire, la force majeure qui libère les parties dans des cas extrêmes à discuter : clause sur l'assurance responsabilité civile professionnelle du prestataire et clauses classiques de droit applicable, de juridiction, de conciliation ou d'arbitrage.

3. Que faire en cas de dérapage de votre projet ERP ?

3.1 . *Constats et recommandations*

La mise en place d'un ERP étant extrêmement complexe, l'entreprise risque des dérapages à chaque phase du projet. Ceux-ci résultent en général des problèmes suivants :

- **le décalage entre l'attente initiale et la réalité.** L'ERP, qui est un standard, représente un schéma théorique pour une organisation idéale, mais souvent loin de ce qu'il va falloir installer concrètement pour l'entreprise : il y a un décalage permanent et inévitable entre l'attente et le réel ;
- **les traumatismes de l'ERP.** L'ERP introduit dans l'entreprise un changement radical des « processus » : les méthodes, les usages, même les tableaux de bord changent. Ceux qui ne s'adapteront pas seront éliminés ; les utilisateurs le sentent et en sont parfois les victimes ;
- **les blocages psychologiques :** craintes, suspicions et résistances, résultant des traumatismes susdits ;

- **une absence de visibilité** au début et en cours de projet sur son devenir : l'entreprise a des difficultés à appréhender l'ampleur des changements et comment le projet sera vécu ;
- **l'irruption des « développements spécifiques »**. Le projet va nécessiter une série d'adaptations qui n'étaient pas prévues au départ et des compromis pour s'adapter à certaines pratiques initiales de l'entreprise dont on s'aperçoit souvent, qu'on ne souhaite pas les modifier. Ces développements spécifiques auront pour conséquence une complexification et des coûts parfois considérables pour les futures migrations de versions de l'ERP.

Il faut différencier les dérapages inhérents à la philosophie même de l'ERP, qui est d'imposer un standard sur un organisme vivant –de tels dérapages peuvent être tolérés- des « réels » dérapages de mise en œuvre du projet. **Les dérapages inhérents** au système tels que les retards, les révisions ou les résistances, peuvent être tolérés et gérés. Pour les éviter, ou du moins les limiter, l'entreprise doit veiller à organiser l'accompagnement du changement : implication de la direction générale, mobilisation des équipes, synergie entre la direction informatique et la direction générale, contrôle des informaticiens... En effet, ces dérapages peuvent être sans gravité ultérieure s'ils sont contrôlés et gérés rapidement, mais ils peuvent également devenir la cause première d'échec sans la mise en œuvre de moyens concrets pour les supprimer. Il vaut mieux interrompre ou retarder un projet, quel que soit le coût ou le préjudice d'image, plutôt que de poursuivre sur de mauvaises bases ou de démarrer trop tôt la phase suivante.

3.2 La gestion du dérapage réel du projet ERP

Les dérapages « réels » du projet ERP sont souvent la hantise des entreprises, tant du côté des clients que du côté des prestataires, car les enjeux de part et d'autre sont considérables (échec d'un grand investissement stratégique pour l'entreprise et haut niveau de responsabilité potentielle pour les prestataires). En cas de dérapage, l'entreprise doit commencer par mener des actions en interne, pour avoir une relecture claire des événements, déterminer les causes d'échec pour y remédier, réévaluer éventuellement les objectifs, et enfin proposer des solutions, pour une sortie « par le haut ». L'analyse de la situation permet de faire les constats objectifs et nécessaires en temps utile, le schéma contractuel servant alors de « grille » pour imputer les responsabilités. Dans ce cadre, l'assistance d'un expert-tiers permet d'avoir un avis extérieur. Enfin, le maître d'ouvrage doit savoir reprendre la direction du projet et obtenir un tableau clair des chefs de projet et de la direction des systèmes d'information. Il faut savoir que, quand un projet dérape, il est très difficile de faire démêler l'écheveau par un tiers, qu'il soit juge, arbitre ou même expert technique, éventuellement désigné par la justice. L'expertise judiciaire, quasi automatique, en cas de procès, est un casse-tête, long, coûteux et douloureux, pour des résultats

décevants. Autant tenter de gérer une sortie qui permette de redémarrer le projet, si c'est encore possible : tout vaut mieux qu'un conflit ouvert. Le rôle des assurances en cas de dérapage réel d'un projet ERP est fondamental. L'entreprise en difficulté peut solliciter la coopération de son assurance, selon les types d'assurances contractées, qui sont de diverses natures. Pour le client, il peut avoir souscrit :

- l'assurance perte exploitation, en cas de sinistre interne, auquel un échec de projet informatique peut être assimilé ;
- l'assurance recours ;
- l'assurance « multirisques informatiques », qu'il peut être prudent de contracter spécialement au début d'un projet important ;
- l'assurance garantie « bonne fin de projet » (idem).

L'assurance responsabilité civile professionnelle du prestataire est alors capitale ! L'entreprise devrait donc avoir le réflexe, dès la passation du contrat, d'exiger du prestataire sa police d'assurance, puis d'assurer une clause à cet égard dans ses contrats et de s'assurer que le plafond maximum de responsabilité est suffisant, tant dans la police d'assurance du prestataire, que dans les clauses limitatives de responsabilité que les prestataires imposent désormais dans presque tous les cas, dans le contrat. Une fois que l'entreprise a identifié les responsabilités et s'est assuré la coopération de ses conseils, notamment d'experts d'assurances et de conseils juridiques, elle doit rechercher des solutions, autant que possible à l'amiable, et mener une stratégie de « **riposte graduée** ». Il s'agit avant tout de construire une **stratégie** avec le concours de son expert-conseil extérieur, en général délégué et rémunéré par l'assurance. Cette stratégie doit s'appuyer sur le schéma contractuel, « revisité » et validé par les juristes internes ou externes prenant en compte les forces et les faiblesses du dossier. Les actions menées peuvent s'effectuer des trois façons différentes suivantes :

- **les action amiables directes envers l'intégrateur** : la riposte graduée peut prendre la forme d'actions amiables directes envers l'intégrateur qui est au centre du système, surtout si le schéma contractuel est bon. L'intégrateur étant le maître d'œuvre, le contrat l'oblige à déterminer l'origine du problème et à le résoudre. Il est directement impliqué dans une sortie honorable. De plus, comme il connaît bien son projet et l'entreprise, il peut jouer un rôle essentiel pour élaborer une solution, à laquelle il devra être associé en tout état de cause. Tout risque d'échouer sans lui ! Il ne faut donc pas chercher à le couler systématiquement, sous peine de couler avec lui !
- **les solutions amiables avec l'aide d'un tiers** : la riposte peut également s'effectuer par des solutions amiables avec l'aide d'un tiers, c'est-à-dire un expert-amiable conciliateur. La meilleure solution est la désignation d'un expert judiciaire en référé :

on est encore dans un processus non-contentieux, mais celui-ci peut devenir contraignant si on le poursuit.

- **la procédure judiciaire** : enfin, en cas d'échec de toutes les solutions amiables, le stade ultime de la riposte est la procédure judiciaire. L'entreprise engage une action en responsabilité de l'intégrateur et demande, ou non, la résolution du contrat, ce qui est un choix judiciaire important. Elle peut tenter de demander des dommages et intérêts à titre de provision devant le juge des référés et peut avoir recours aux clauses du contrat : clauses de résiliation/résolution, pénalités/obligation d'exécuter sous astreinte, substitution de prestataire.

L'entreprise doit pour cela connaître le régime de responsabilité contractuelle de son prestataire : un engagement sous « obligation de moyen » n'est pas une garantie absolue de gagner, mais instaure un régime de « responsabilité prouvée » -la charge de la preuve de la faute du prestataire repose sur le client, qui doit apporter la preuve des éléments correspondants. Ce régime s'oppose au régime de « l'obligation de résultat » qui est celui d'une « responsabilité sans faute » : *a priori*, le prestataire est responsable -c'est sur lui que repose la charge de la preuve contraire pour s'exonérer d'une responsabilité si le résultat défini dans le contrat n'a pas été atteint. Il ne faut pas néanmoins abuser de ces concepts et croire qu'imposer une obligation « de résultat » vous garantit le succès de votre projet informatique et d'un gain judiciaire, en cas de litige. C'est un travers trop répandu, qui fait souvent perdre de vue une vraie négociation sur des clauses qu'il faut élaborer soigneusement.

4. Conclusion

En matière de pré-requis, tout se joue donc en aval : par la bonne négociation d'un contrat d'intégration d'ERP avec un « maître d'œuvre intégrateur », qui permet de se prémunir contre les risques d'échec ; le contrat doit être une construction équilibrée quant aux droits et aux devoirs des parties et constituer un outil de gestion contre les dérapages du projet, voire des contentieux ultérieurs. En cas de dérapage réel, l'entreprise doit tout d'abord faire une analyse objective du problème, lui permettant d'opter pour une stratégie élaborée de gestion graduée des ripostes, en privilégiant les moyens amiables et en cherchant à tout prix à éviter le contentieux tous azimuts. Il est en particulier recommandé, en cas de début d'échec, sans attendre une situation de crise totale, de faire désigner un expert judiciaire en référé, pour permettre à toutes les parties d'avoir une vision exacte du dossier, des chances de succès et d'une sortie « par le haut » du conflit, à laquelle toutes les parties ont intérêt. Une bonne expertise, bien diligentée, doit permettre une transaction, sans aller jusqu'au bout de la logique d'un procès long, coûteux et douloureux.