



advocatenkantoor Rika Heijse

Le contrat escrow

Rika Heijse

Avocat



escrow : quid?

- Convention entre trois parties
 - Fournisseur -propriétaire du logiciel
 - L'Utilisateur du logiciel
 - Partie tierce : l' Agent Escrow
 - fiable
 - indépendant
 - impartial



escrow : quid ?

- La mise en dépôt par le fournisseur (déposant)
 - Le dépôt = le code source du logiciel
 - Le dépositaire agit en tant que bonus pater familias – bon père de famille
 - Lorsque des conditions bien définies sont remplies, ou certaines circonstances se produisent, le dépôt est remis à l'utilisateur



escrow et les droits de PI

- droits de propriété intellectuelle
 - droits moraux inaliénables
 - p.e. droit de revendiquer ou de refuser la paternité de l'oeuvre
 - droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie
 - Sous forme d'une aliénation
 - Sous forme d'une licence simple ou exclusive (droit d'usage)



droits PI

- Différents droits patrimoniaux:
 - Droit d'usage
 - Droit de reproduction et de distribution
 - Droit d'adaptation, de modification et de traduction
 - Droit de la location et du prêt
 - Droit de mise à disposition au public
 - Droit d'exposition
 - Droit aux rémunérations



Aspects techniques

- Le logiciel
 - Le code source :
 - 2ième phase du développement après l'analyse des besoins – code de programmation qui est compréhensible pour l'être humain – version originale du logiciel dans une langue de programmation (Java, SQL, Pascal)
 - Version compilée : object code
 - Code machinale en langue binaire laquelle est seule compréhensible pour l'ordinateur – code digital



Aspects techniques

- Code de source est nécessaire pour :
 - *L'entretien correctif* :
correction des “bugs” qui se révèlent après le développement et testing - debugging
 - *L'entretien évolutif* :
compléter le logiciel avec de nouvelles fonctions ou des “upgrades”



Aspects techniques

- Code compilé : droits patrimoniaux peuvent être transmis vers le pouvoir adjudicateur
- code source : droits patrimoniaux restent chez le fournisseur – développeur
 - Buts de commercialisation
 - Buts de prévention de la piraterie
 - Empêcher que l’entretien devienne une source de revenus pour la concurrence



Nécessité d'escrow

- Protection de l'utilisateur vis-à-vis du développeur
- Vis-à-vis d'un développeur externe, en cas de
 - Faillite du développeur
 - Acquisition ou fusion du développeur
 - Arrêt de l'entretien et du développement évolutif par le développeur
 - Cessation des activités/prestations du développeur



Nécessité d'escrow

- Vis-à- vis du développeur interne au sein de l'entreprise :
 - protection de l'employeur contre le départ imprévu des membres d'une équipe ICT interne



Nécessité d'escrow

- Rôle de l'agent escrow :
 - physiquement le dépositaire
 - le cas échéant, le vérificateur du code source et du matériel accompagnant
 - assureur impartial et indépendant contre le risque de la discontinuité de l'usage du logiciel



L'essence de l'escrow

- Sauvegarder la continuité de l'usage du logiciel
- Ne concerne pas autant le droit d'accès absolu au code source du logiciel
- Livraison sur “support” à l'agent escrow :
 - Code source
 - Tout élément y afférent



L'essence de l'escrow

- Éléments y afférents?
 - fichiers exécutoires
 - documentation technique
 - information pour l'utilisateur (manuels)
 - formules
 - Mots de passe
- Dans des circonstances précises l'agent escrow remet une "copie du support" à l'utilisateur



Réticences du fournisseur

- Communiquer une composante précieuse du logiciel
- Code source fait part du savoir faire fondamental de l'entreprise
- Avantage :
 - Preuve de l'état de développement du code source – absence de bugs à un moment déterminé
 - label de qualité: fiabilité et transparence



Deux types d'escrow

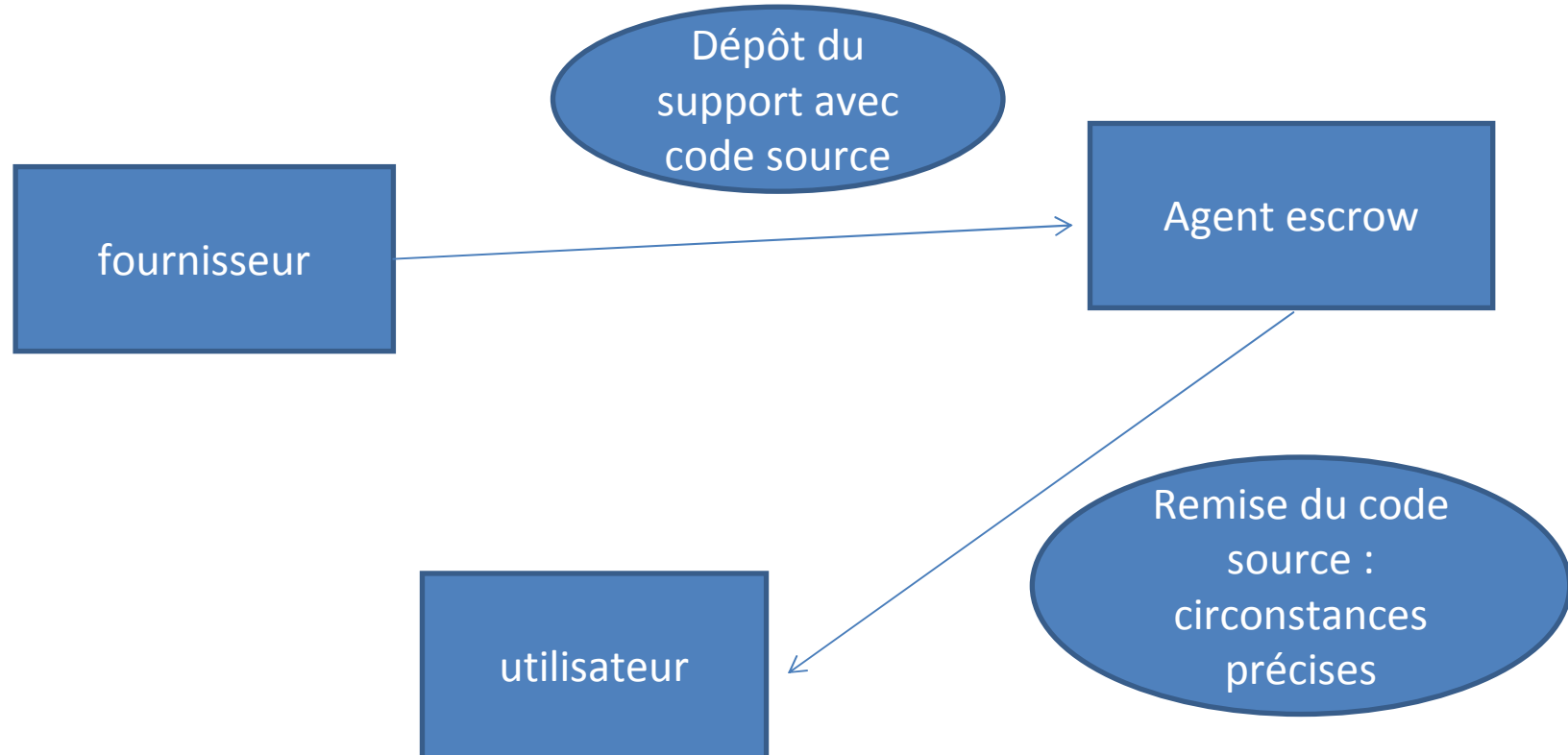
- En faveur de tous les utilisateurs :
 - Clause standard dans la convention avec chaque utilisateur du logiciel concerné (“convention bipartite”)
- En faveur d'un utilisateur individuel déterminé:
 - Clause reprise dans la convention individuelle avec un seul utilisateur (“convention tripartite”)



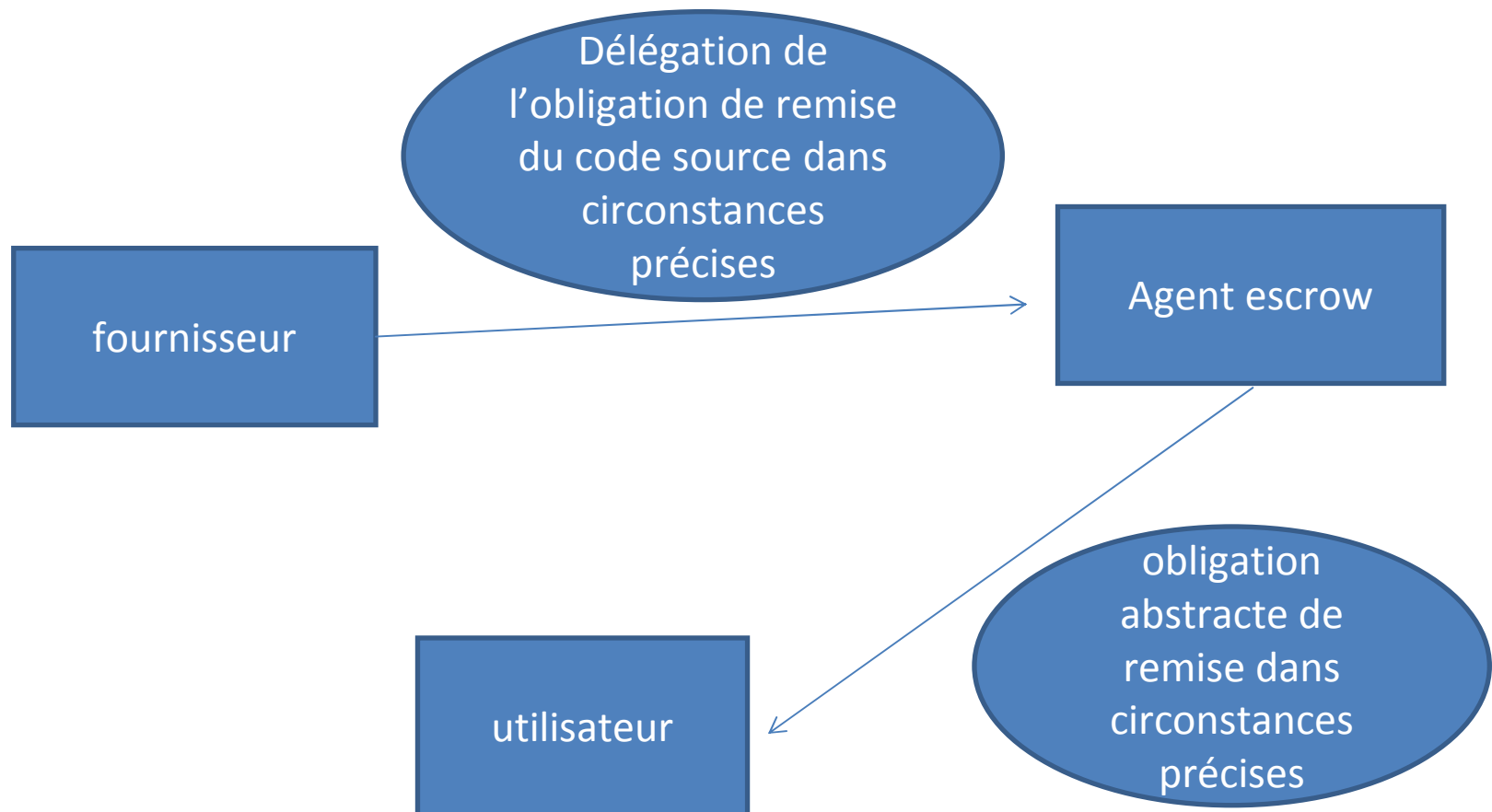
Analyse juridique

- Deux figures juridiques à mentionner
 - Entre le fournisseur et l'agent : mise en dépôt (droit réel)
 - Entre l'agent escrow et l'utilisateur : convention de délégation (droit de sûreté personnel pour l'utilisateur)
 - Délégrant : fournisseur
 - Déléataire : utilisateur
 - Délégué: agent escrow

Mise en dépôt



Délégation





objet de l'escrow

- Logiciel : l'environnement entier du logiciel
 - Code source, upgrades, updates
 - Database scripts, resource files, project/make files
 - Les logiciels permettant la compilation du code source et le code compilé
 - Méthodes, procédures, procès
 - Formules, mots de passe
 - Toute documentation technique y afférente



objet de l'escrow

- **SaaS : Software as a Service**
données et fonctionnalités d'une solution
browserbased et hostée
 - logiciels
 - données
 - information sur l'infrastructure ICT
- **Escrow Information** : information critique
pour la gestion de l'entreprise concernant les
modèles de produits, processus de production,
formules industrielles



Support

- Un disque : Cdrom, DVD, Blu-Ray
- Hard drives
- Memory stick
- Une bande
- Documents imprimés
- Support peut le cas échéant être acquis par l'agent escrow



Dépôt

- Transfer électronique :
 - web client,
 - FTP-server de l'agent escrow
- Par envoi :
 - postal,
 - service de messagerie
- Délivraison personnelle



Moment de dépôt

- Capital que le matériel du dépôt soit en état actuel
 - Lors de la conclusion de la convention escrow
 - Tous les updates, upgrades, versions corrigées, versions évoluées, remplacement intégral
 - Le moment de premier usage d'une nouvelle version = moment du dépôt de l'update
 - Actualisation du code source et de toute information technique et des manuels



Le stockage

- Environnement protégé contre incendie et cambriolage
- Environnement adapté à des supports magnétiques



Le stockage

- Code source et toute documentation créés lors du processus de développement
 - Documentation technique complète et accessible
 - Tous les outils de développement
 - Routines standard



Vérification

- Au moment de chaque dépôt : au début de l'usage, lors d'un upgrade/update /debugging,
- Différents niveaux du profondeur de l'examen
 - sommairement : accessibilité du code source, absence de virus, logiciel commandé)
 - Plus approfondi
 - screening complet du logiciel afin de vérifier si lorsque d'un sinistre, l'entreprise de l'utilisateur peut à nouveau être rendue opérationnelle



Types de vérification

- Source code to binary compare verification
 - Comparaison entre exécutables et code de source : match entre produit en code source
- Inventaire exhaustif du code source et toute documentation
- Contrôle du caractère entier du code source : vérifier par le biais de la compilation si le logiciel mène à un système qui fonctionne bien (établissement du buildreport)



Types de vérification

- Contrôle du processus de développement du logiciel exécuté dans les bureaux du fournisseur, par le fournisseur
- Contrôle du processus de développement du logiciel exécuté dans les bureaux de l'agent escrow
- Contrôle du processus de développement du logiciel exécuté dans les bureaux de l'utilisateur
- Compression check
- Contrôle des mots de passe et de verrouillage



Contenu de la convention

- Objet du dépôt
- But et fonctionnement de l'escrow liés avec:
 - Obligations contractuelles d'entretien du fournisseur,
 - Ampleur contractuelle des droits d'usage de l'utilisateur
 - Usage du dépôt en vue de la sauvegarde de la continuité de l'entreprise de l'utilisateur



Contenu de la convention

- Modalités du dépôt
 - Délais pour réaliser le dépôt au début de l'usage du logiciel
 - Délais pour dépôt lors de la durée de la licence de l'utilisateur
 - Obligation pour le fournisseur de garder un back-up du dépôt à disposition dans le cadre de sa propre gestion



Contenu de la convention

- Modalités de la remise à l'utilisateur :
 - Fournisseur déclaré en état de faillite
 - Force majeure : le fournisseur n'est pas en état de respecter ses obligations de licence
 - Le fournisseur ne respecte pas ses obligations de licence ou d'entretien en raison de quoi la continuité d'usage de l'utilisateur en mise en danger



Contenu de la convention

- Modalités de remise à l'utilisateur :
 - Fournisseur transmet le code de source à une partie tierce qui n'est pas disposée à reprendre le contrat escrow
 - Fournisseur transfère son entreprise à une partie tierce sans transfert des contrats de licence
 - Une hausse des tarifs du fournisseur pour entretien ou autres services contractuellement non convenue



Contenu de la convention

- Modalités de remise au fournisseur :
 - À la fin du contrat escrow
 - À la fin du contrat de license de l'utilisateur
 - Faillite de l'utilisateur
 - Clause de résiliation en cas de faute de l'utilisateur
 - Résiliation du contrat suite à une faute grave non réparée par l'utilisateur , après mise en demeure et sommation à la réparation



Escrow et marchés publics

- Art 14 CSC : droit d'usage - licence
 - Ampleur et but de la licence à définir dans le cahier des charges
 - Désigner tous les utilisateurs : interne (propres besoins) et de tiers
 - À recommander pour logiciel capital pour le fonctionnement du service public
 - P.e. logiciel pour comptabilité, pour procès complexes