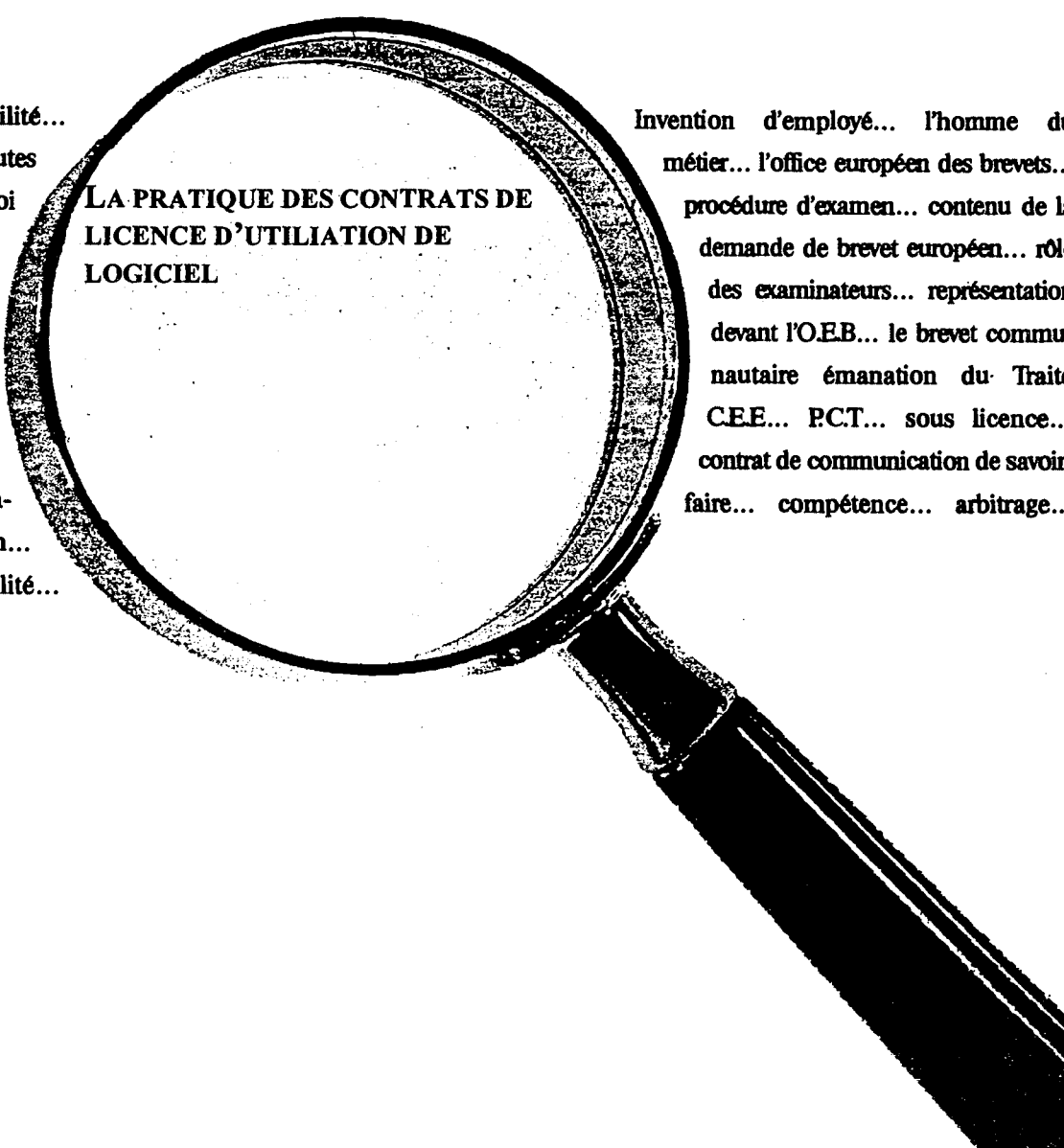


DOSSIERS

2002. III et IV

PROPRIETE INTELLECTUELLE

onditions de brevetabilité...
ouveauté... antériorité de toutes
èces... combinaison... emploi
niveau... activité inventive...
is documentaire... restaura-
n... certificat d'utilité... ces-
n... combinaison de moyens
nnus... licence obligatoire...
es... contrefaçon... action...
sie-contrefaçon... divulga-
n... action en revendication...
ssession personnelle... nullité...



LA PRATIQUE DES CONTRATS DE
LICENCE D'UTILISATION DE
LOGICIEL

Invention d'employé... l'homme du
métier... l'office européen des brevets...
procédure d'examen... contenu de la
demande de brevet européen... rôle
des examinateurs... représentation
devant l'O.E.B... le brevet commu-
nautaire émanation du Traité
CEE... PCT... sous licence...
contrat de communication de savoir-
faire... compétence... arbitrage...

Un contrat de licence d'utilisation de logiciel⁴ se construit sur la base d'une double réflexion :

- d'abord une réflexion commune à tous types de contrats⁵,
- ensuite une réflexion plus ciblée, centrée sur la spécificité du logiciel et son régime juridique dans la perspective des besoins du licencié.

a) Questions (liste non exhaustive) communes à tous les contrats

- (i) **L'identification correcte du cocontractant** peut paraître délicate selon la complexité du projet et les utilisateurs réels de l'objet du contrat et surtout en l'état des nombreuses restructurations affectant le marché. Or « la considération des données financières et professionnelles est déterminante dans la formation des contrats »⁶. Ne pas se méprendre sur l'identité de son ou ses cocontractants est donc une étape incontournable. En matière de licence d'exploitation de logiciel le taux de la

« Les « contrats informatiques » et leur contentieux », in « La P.M.E. face aux risques », Travaux et Recherches de l'Institut d'Administration des Entreprises de Toulouse, N°33. Adde, sur l'ensemble de la question, M. Vivant et C. Le Stanc, Lamy Droit de l'informatique-réseaux, 2002. L'auteur de la présente étude n'a pas la prétention de maîtriser parfaitement les règles de droit. Il espère néanmoins que ses quelques contributions, en tant que praticien des contrats informatiques, pourront aider à mieux défricher une matière davantage explorée dans les revues spécialisées sur un terrain doctrinal. V. cependant « Le contrat dit de licence de logiciel », H. Croze et Y. Bismuth, JCP ed E, 1986, N°14 659

⁴ Un *logiciel* désigne un ensemble de programmes, procédés et règles et éventuellement de la documentation relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données. Telle est la définition figurant dans l'arrêté ministériel du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement de la langue française (JONC 17 janvier 1982). On peut ajouter que ces programmes sont réalisés pour répondre à un besoin particulier exprimé dans un cahier des charges. Il s'agit d'un travail à façon pour répondre spécifiquement à un besoin d'un utilisateur. Tandis qu'un *progiciel*, mot qui provient de la contraction PROduit-loGICIEL, est un ensemble de programmes destinés à être utilisés par une variété d'utilisateurs en vue d'une même application ou même fonction et diffusés par des structures commerciales. Ainsi le progiciel pré-existe au moment de l'acte juridique de concession.

Dans le cadre du présent article les deux mots sont utilisés indifféremment sachant cependant que, dans l'esprit de son auteur, c'est davantage les licences de progiciels qu'il veut évoquer.

⁵ Dans un article intitulé « Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats » in « Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par Loïc Cadet, Economica, 1986, p 223 – 244, le professeur François Collart-Dutilleul soulignait que « ... pour l'essentiel ils (les contrats informatiques) se nourrissent des règles communes à toutes les conventions. Ce sont des contrats consensuels qui relèvent, au moins entre professionnels, du principe de l'autonomie de la volonté. »

⁶ « L'identité du cocontractant », Jean-François Renucci, RTD com 46 (3), juill. – sept. 1993, p. 441 - 483

redevance d'usage peut, par exemple, être en corrélation directe avec le nombre d'utilisateurs réels notamment lorsque le licencié est un groupement d'intérêt économique. Identifier la ou les personnes morales se dissimulant en réalité sous le qualificatif de licencié est donc déterminant car, en cas de pluralité d'utilisateurs véritables, la convention va devenir plus complexe et subtile .

- (ii) On peut aussi s'interroger sur la pertinence de **définir** dans un des tous premiers articles du contrat **certaines termes** soit par souci de cohérence terminologique, soit afin de répondre à un besoin de précision et de clarification et, partant de là, d'écarter tout malentendu ou risque d'incompréhension. En l'occurrence, il peut être utile par exemple de définir le ou les logiciels objet(s) du contrat, en précisant leur code produit, leur dénomination technico-commerciale, en indiquant leurs caractéristiques et fonctionnalités ou celles seulement dont le bailleur de licence consent à autoriser l'usage, en précisant encore le cas échéant les normes auquel chacun d'eux répond, en ajoutant que la définition inclut les mises à jour, versions actuelle et futures du logiciel ainsi que la documentation associée, etc...
- (iii) L'intérêt d'un **préambule** est parfois indéniable puisqu'il sert à l'interprétation de la volonté des parties et permet notamment de décrire leurs objectifs et attentes respectifs, le lien du contrat en cause avec, s'il en existe, d'autres relations d'affaires entre les mêmes parties ou des sociétés de leur groupe d'appartenance, ou tout simplement le cheminement des parties avant d'aboutir à la conclusion du contrat. Par exemple, les sociétés dotées d'une direction achats ayant force décisionnelle ont souvent pour habitude, plutôt que d'utiliser le contrat standard du fournisseur, de lancer un appel d'offres ou une consultation écrite, étape initiale du dialogue avec le soumissionnaire finalement sélectionné, sans omettre de faire figurer un projet de contrat qu'elles soumettent pour observations ou adhésion. Les offres technico-commerciales et documents précontractuels alors échangés entre les parties serviront de référentiels, voire de composantes, de la norme contractuelle finalement arrêtée entre les cocontractants.

- (iv) De nombreuses informations confidentielles d'ordre technique, commercial, financier, marketing ou juridique vont être échangées entre les parties tant pendant la phase préparatoire du contrat que durant son exécution. Par conséquent une **clause de secret** devra y être insérée aux fins de protection réciproque de leur patrimoine économique et de conserver occulte l'existence même du contrat. Les parties prévoieront quels types d'informations entreront dans le champ d'application de cette clause (en recherchant le spectre le plus large possible pour couvrir par le secret tant le savoir qu'apporte l'exécution du contrat que celui que fait acquérir son exécution), les personnes à qui elles seront destinées, y inclus d'éventuels tiers indépendants agissant comme consultants d'une des parties, la durée pendant laquelle elles seront tenues de conserver secrètes les informations communiquées ou apprises pendant le contrat de licence jusqu'à son terme, le mode d'identification des informations classées confidentielles, et les cas d'exclusions d'une telle obligation (ex : informations tombées dans le domaine public ou déjà en possession du récipiendaire au moment de sa divulgation par l'autre partie, information reçue légalement d'un tiers ou produite en justice, information développée indépendamment de l'autre), les précautions qu'elles s'obligent à prendre pour empêcher ou limiter toute divulgation non autorisée (protection physique dans des locaux sécurisés, placement dans des placards ou coffres blindés, souscription d'un engagement individuel de secret par son personnel et celui de ses éventuels sous-traitants, etc...), et enfin le mode de restitution des informations confidentielles en cas de résiliation ou d'expiration du contrat.
- (v) La passation d'un contrat est, en elle-même une des composantes de la gestion des risques. Si l'objet du contrat est incontestablement une des clauses majeures, surtout en matière de droit informatique par nature d'interprétation restrictive, il est aussi important de fixer l'étendue de la **responsabilité contractuelle** de chacune des parties. En l'occurrence, l'intérêt du fournisseur de logiciel est évidemment de limiter au maximum son exposition financière et de chercher à inscrire dans le contrat un plafond indemnitaire qui, en vertu des règles du droit commun, sera cependant écarté en cas de dol ou faute grave de sa part, ou encore de voir décrire les circonstances qui pourront mettre en échec toute tentative de poursuites à son encontre. L'expérience permet d'observer que, le plus souvent,

les parties retiennent le prix global du contrat comme plafond de responsabilité, ce qui paraît le plus équitable lorsque la clause a vocation à s'appliquer à titre réciproque.

Rien n'interdit par ailleurs aux parties de prévoir un délai de prescription des recours.

(vi) **Résiliation**

Lorsqu'un mariage doit se consommer en matière contractuelle serait bien avisé celui qui ferait application du principe de précaution et s'interrogerait au préalable sur les circonstances, modalités et conséquences d'un divorce éventuel, que ce soit du fait du comportement d'une ou des parties ou de circonstances extérieures, pour les traduire ensuite dans la convention écrite entre les parties. Dans un contrat d'exploitation de logiciel la violation de nombreuses clauses est un terrain d'élection pour pouvoir prononcer la rupture contractuelle ou, à défaut, judiciaire du contrat. A titre d'exemples on peut citer les situations de violation de l'obligation de secret, d'utilisations non autorisées du logiciel, de cession sans autorisation du cocontractant alors que la convention prévoit que celui-ci est indispensable, etc... S'il est des cas de tolérance (ex : dépassement non délibéré du périmètre de concession que le licencié accepte de régulariser par le versement d'une redevance complémentaire et modification formelle du nouveau périmètre octroyé) d'autres situations par contre seront intolérables et passibles de sanctions contractuelles, à charge par les parties de les exprimer expressément, et pénales. Un soin tout attentif doit donc être prêté à la rédaction d'une telle clause de résiliation voire de résolution, la procédure à suivre éventuellement dans les cas où un remède est raisonnablement concevable, et surtout les effets de la cessation ou disparition du lien contractuel.

Même s'il investit l'administrateur mandaté dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire du droit de prononcer la continuation du contrat (en l'occurrence de licence d'utilisation de logiciel) en cours, l'article 26-1 de la loi N° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, modifiant l'article 37, alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985 (relatif à l'exécution des contrats en cours autres que les contrats de travail), ne fait pas totalement échec à la clause prévoyant la résiliation de plein droit de ce contrat dans la mesure où l'administrateur, après y avoir été invité, ne s'est pas, dans le mois qui suit sa saisine, prononcé. A signaler toutefois

que le juge-commissaire a le pouvoir de prolonger ce délai de réponse de l'administrateur pour le porter au total à deux mois.

- (vii) **A quelle loi, à quelles règles de droit substantiel rattacher le contrat ?** On sait que les parties sont libres d'opter pour la loi de leur choix ou de se soumettre volontairement à telle ou telle disposition législative⁷. Si la loi qu'elles sélectionnent est particulièrement codifiée – c'est le cas dans les pays latins, à l'inverse des pays anglo-saxons – le rédacteur du contrat pourra éviter d'aborder certains aspects ou se contentera seulement de les survoler (par exemple les concepts de force majeure et de renonciation à un droit font l'objet de disposition expresse dans le code civil français, il est alors inutile d'alourdir le contrat de développement à leur sujet quand la loi du contrat est la loi française).
- (viii) **Quelle politique de traitement des litiges adopter ?** Si les parties veulent privilégier les modes alternatifs de résolution des litiges (médiation, conciliation) il faudra chercher à joindre en annexe au contrat une liste de potentiels tiers indépendants auxquels recourir en cas de conflit persistant et susceptibles chacun de pouvoir départager les parties en qualité de médiateur ou conciliateur. Le choix d'une procédure arbitrale doit aussi dès le départ être analysé au regard des enjeux financiers et médiatiques, sachant ô combien les coûts d'une telle procédure peuvent être élevés.
- (ix) **Qui aura autorité au sein de chaque contractant pour valider les aménagements à apporter au contrat en cours d'application ?** La négociation d'un contrat peut parfois s'étaler sur plusieurs mois, voire plusieurs années (dans le domaine informatique un étalement sur plusieurs années n'arrive fréquemment que pour les projets importants d'intégration de système mais pas pour la concession d'une licence). Dans les grands groupes elle est parfois le fruit de la mobilisation et de la coopération de nombreuses structures décisionnelles qui peuvent être localisées dans plusieurs pays distincts. C'est pourquoi le processus d'aboutissement décisionnel peut être grand consommateur de temps. Il serait dangereux de laisser un employé indélicat ou aux pouvoirs bien délimités de

⁷ "Le choix de la loi du contrat en droit interne", Sophie Lemaire, Revue de Droit Prospectif N°2001. 3, p 1431 - 1449

compromettre la stratégie de son entreprise d'appartenance et les composantes essentielles du projet en le laissant, une fois le contrat finalisé, prendre seul l'initiative de soumettre ou d'agrèer les termes d'un quelconque avenant aux stipulations contractuelles ou de proposer une contre-lettre⁸ dans le dos des personnes seules habilitées à se prononcer au nom et pour le compte du concédant. C'est la raison pour laquelle il est prudent et recommandé de désigner expressément dans le corps du contrat les personnes – leur niveau hiérarchique à tout le moins - ayant seules autorité pour modifier les termes du contrat. En matière de licence de logiciel cette précaution est d'autant plus impérative que les ingénieurs commerciaux au sein des éditeurs, même s'ils sont en contact direct et permanent avec leurs comptes clients, n'ont pas dans la plupart des cas de pouvoir décisionnel et changent très vite d'employeur, après seulement deux ou trois ans d'ancienneté en règle générale en l'état du marché actuel.

b) Dispositions les plus significatives spécifiques au contrat de licence de logiciel

En droit français, la doctrine semble majoritairement admettre que la concession de licence d'un bien incorporel s'analyse comme une variété de louage de choses⁹ même si le professeur A. Lucas s'oppose à une telle assimilation du fait qu'un tel contrat d'utilisation ne comporte aucune obligation d'exploiter mise à la charge du titulaire¹⁰. Notre code civil n'a cependant abordé le bail que pour les biens immobiliers. Le logiciel étant un bien immatériel les articles de ce code n'aident guère, en soi, à la construction du contrat organisant sa mise à disposition, encore que le droit des contrats informatiques trouve en grande partie sa paternité auprès des contrats immobiliers.

⁸ "Les contre-lettres, ou side-letters", Isabelle A. Hautot, RDAI, N°6, 1997, p. 675 – 690 . En matière informatique il arrive parfois que certains commerciaux accordent au licencié par voie de courrier séparé du contrat - qu'ils prennent soin de conserver occulte vis-à-vis des personnes officiellement habilitées de leur entreprise – une faculté de sortie anticipée du contrat sans dédit ni pénalité, conservant cependant tant que l'affaire reste secrète et que le licencié n'exerce pas cette faculté le bénéfice d'une commission calculée sur les durée et prix officiels du contrat. Il est incontestable que ce genre de comportement constitue une faute grave au regard du droit du travail. Toutefois, d'après la théorie de l'apparence, dans les rapports licencié – bailleur de licence une lettre de sortie anticipée a vocation à pleinement pouvoir jouer en l'absence de clause de représentation identifiant expressément dans le corps du contrat les seules personnes disposant du droit de lui porter modification.

⁹ Consulter toutefois le remarquable article de Jérôme Huet, « De la « vente » de logiciel », in « Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle », p 799 - 815

¹⁰ A. Lucas, Le droit de l'informatique, PUF, 1987, N°337 s.

L'article L 122-4 du CPI nous enseigne que toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle d'une oeuvre de l'esprit n'est licite qu'à la condition d'obtenir le consentement de son auteur, ou de ses ayants droit ou ayants cause.¹¹ Pourtant quatre droits sont reconnus par le législateur (depuis la loi du 10 mai 1994) aux utilisateurs de logiciel : le droit d'utilisation, le droit de faire une copie de sauvegarde, le droit d'étudier le fonctionnement et le droit de décompiler. Sauf le premier, ces droits sont d'ordre public et ne peuvent être retirés par contrat à l'utilisateur ainsi que le précise le dernier alinéa du paragraphe V de l'article L 122-7 du CPI. Cette liste est cependant en soi insuffisante pour déterminer toutes les questions à résoudre dans une convention.

- (i) Si un logiciel est concédé en licence c'est pour un usage spécifique. L'article L 122-6 du Code de la Propriété Intellectuelle impose la mention expresse des droits cédés dans l'objectif d'un usage ou de l'utilisation de programmes informatiques. A défaut de mention, le droit n'est pas concédé. En fait la directive sus-visée du 14 mai 1991 qui a été transposée dans notre droit avec la promulgation de la loi N°94-361 du 10 mai 1994 (J.O. du 11 mai 1994) a adopté une position inverse de la conception classique du législateur français puisque, au lieu de retenir comme la loi française de 1985 une liste des actes autorisés, elle a préféré énoncer les actes interdits. Toutefois, en imposant que l'utilisation soit conforme à sa destination, elle n'enlève rien à la force du contrat, bien au contraire puisqu'il a précisément pour objectif de déterminer l'étendue des droits concédés. Les contractants vont donc dans un premier temps négocier le **champ d'application des droits concédés**. En d'autres termes, en faisant application de son monopole d'exploitation, l'éditeur va énumérer les restrictions d'usage de son logiciel¹² :

¹¹ L'interdiction de reproduire le logiciel, Thierry de Galard, Gazette du Palais, 22, 23 janvier 1997

¹² L'article 47 de la loi du 3 juillet 1985 dont les termes n'ont cependant pas été littéralement reproduits dans l'article L 122-6 de notre CPI disposait clairement que celui qui se voit concédé un droit d'usage sur un logiciel ne peut l'utiliser en dehors des conditions prévues par la licence au risque sinon d'encourir des sanctions pénales. Dans son rapport à l'Assemblée Nationale (N°724 diffusé le 25 novembre 1993) sur le projet de loi portant mise en oeuvre de la directive N°91-250-CEE du Conseil des Communautés Européennes en date du 14 mai 1991, le député Jérôme Bignon retenait la comparaison intéressante suivante : « Lorsqu'on a acquis un tableau, on n'a pas le droit de le copier mais on peut l'accrocher là où on veut. En revanche si on possède un logiciel, on ne peut l'utiliser que conformément aux prescriptions de l'auteur ou de son éditeur, par exemple sur un ordinateur et pas sur un autre ».

- Utilisation du code objet¹³ seulement (une licence d'utilisation du code source est plutôt consentie quand il s'agit d'une œuvre de commande ou dans les cas où le licencié est autorisé à développer une œuvre dérivée à partir du logiciel pour la commercialiser ensuite, ou encore en cas de participation et de contribution à un projet de recherche et développement financé par la Commission Européenne ou un organisme international à vocation normative) ;
- Utilisation accordée dans une zone géographique délimitée (ex la France ou les pays de l'Union Européenne) ou seulement sur un ou plusieurs sites précisément identifiés ;
- Utilisation sur une configuration matérielle précise (avec nom du constructeur, modèle et numéro de série) ;
- Utilisation dans la limite de « X » utilisateurs finaux (simultanément ou pas) ;
- Utilisation pour les besoins de l'activité sociale du licencié ou partie d'entre elle seulement ;
- Extension du droit d'utilisation accordé - au besoin dans un cadre précis - ou refusé à d'autres entités juridiques du groupe (maison mère, filiales, GIE ou sociétés sœurs) ;
- Utilisation dans la limite de « X » MIPS¹⁴ ou UP¹⁵ ;
- Nombre de copies de sauvegarde et d'archivage autorisé (en sus de la copie autorisée par la loi laquelle n'est licite que dans la mesure où elle est nécessaire à l'utilisation du logiciel ou à sa préservation) ;
- Prohibitions particulières : usage en vue de gérer l'informatique d'autrui ou de fournir des services bureau ; usage en vue de re-distribution ; clients réservés au seul éditeur, etc...
- Faculté de substitution d'un logiciel par un autre
- La licence est d'ordinaire consentie à titre non exclusif, le concédant voulant se réserver de

¹³ Le code objet est une forme compilée du logiciel qui peut être lisible et exécutable par l'ordinateur. Tandis que le code source est le programme lisible par l'homme (en réalité par un informaticien de formation).

¹⁴ Millions of instructions per second

¹⁵ Unites de puissance

commercialiser son logiciel auprès d'autres clients, l'exclusivité ne se concevant en priorité que lorsque s'agissant d'un logiciel sur mesure alors que le prestataire qui l'a développé conserve les droits de propriété y afférents il accorde à son client une exclusivité d'usage.

A un périmètre d'utilisation concédé correspond, un prix, plus précisément une redevance globale de licence. Le licencié sera attentif à l'expression de ses besoins et à l'évolution en cours de vie du contrat de chacun des paramètres du périmètre de façon soit à prévoir large dès le départ, soit à demander à préciser dans le corps du contrat les redevances complémentaires à verser en cas de dépassement du périmètre autorisé.

- (ii) **La durée de la licence** doit être précisée en commençant par sa date d'entrée en vigueur. Sauf à ce qu'elles ne stipulent une date rétroactive, libre aux parties en fonction de leurs rapports de force et du contexte du projet de prévoir que la date d'effet du contrat sera celle de la signature par la dernière des parties, ou la date de livraison ou la date de réception. La notion de livraison peut mériter d'être utilement précisée si, pour fonctionner, le logiciel est muni d'un dispositif technique de protection dont le licencié doit recevoir communication en sus de la livraison du support physique du logiciel.¹⁶ Un éditeur de progiciels acceptera rarement qu'un client potentiel veuille se livrer à des tests de recette compte tenu de la nature même du progiciel. S'il s'agit d'un éditeur américain il sera d'autant plus réticent que les règles comptables de reconnaissance de revenus l'empêcheront alors de reconnaître le revenu dès la signature du contrat.¹⁷ De nos jours, la plupart des logiciels deviennent obsolètes dans les dix ans qui suivent leur première diffusion sur le marché. Par conséquent, soit la licence est consentie pour une durée indéterminée ou plus exactement pour la durée légale de protection du droit d'auteur (actuellement 70 ans depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1995 de la directive 93/98/CEE relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins) – ce sera quasiment toujours le cas des licences sous cellophane –, soit le droit d'utilisation sera octroyé pour une durée mensuelle, annuelle ou pluri-annuelle (celle-ci

¹⁶ A ce sujet consulter l'article de Jacques Dupouey à paraître « Logiciels et dispositifs physiques de protection »

¹⁷ A ce sujet voir l'article de Jacques Dupouey à paraître dans un des prochains Cahiers Lamy Informatique "Règles de reconnaissance de revenus et contrats de licence de logiciel"

ne dépassant pas généralement cinq ans). Dans ces derniers cas les parties peuvent prévoir une durée ferme ou assortir la période initiale d'un régime de tacite reconduction.

- (iii) Etant donné les mouvements croissants ces dernières années de rapprochements et de réorganisation d'entreprises aboutissant souvent à des opérations de fusion-absorption ou de transferts de branche d'activités, ou de partenariat avec des prestataires de services, les discussions entre les parties porteront inévitablement sur la faculté de **cession** par l'une ou l'autre des parties de ses droits et obligations à un tiers au contrat. Il est bon en la matière de pouvoir anticiper et d'envisager l'apparition d'un potentiel successeur. Selon le contexte les parties pourront interdire toute cession sans l'agrément de l'autre ou ne la tolérer que pour le bailleur de licence, ou encore prévoir un encadrement précis de toute cession par le licencié en limitant par exemple la cession seulement à des entités contrôlées par la maison-mère du licencié et nécessairement immatriculées dans un pays donné, en interdisant la cession à toute entité concurrente du bailleur de licence, en s'entourant en outre de garanties financières (ex : engagement de caution ou de garantie à première demande), etc...
- (iv) En principe, **l'installation du logiciel**¹⁸ est un service que ne fournit pas l'éditeur dans le cadre de la licence. A la demande du licencié celle-ci est plutôt effectuée par voie d'un contrat d'entreprise séparé. L'installation peut s'avérer être une opération délicate en présence d'un progiciel au paramétrage complexe comme c'est le cas de progiciels de gestion d'administration d'entreprise d'autant que son succès est lié en grande partie à la formation du personnel du licencié et au respect d'un calendrier de déploiement exigeant mobilisation et disponibilité adéquates du personnel de chacune des parties.
- (v) Le licencié ne pourra optimiser l'utilisation du ou des logiciels licenciés par son personnel que si celui-ci est rapidement formé. Certains logiciels peuvent contenir de nombreux modules nécessitant l'acquisition de nombreuses connaissances assimilables seulement par des non profanes en informatique. En fonction du profil de son personnel le licencié va devoir

¹⁸ L'installation d'un logiciel consiste à compiler, lier et charger des modules logiciels sur une plateforme informatique ou logicielle de sorte que le produit logiciel puisse fonctionner proprement sur le système.

planifier avec le concédant et préciser dans le contrat le programme des **sessions de formation**, le nombre maximum de stagiaires, le lieu de tenue de telles sessions, arrêter leur coût en précisant les coûts additionnels en cas de stagiaires supplémentaires n'ayant pas participé à l'une quelconque des formations initiales, etc... Lorsque le logiciel concédé est complexe le fournisseur est tributaire de la capacité du licencié à mobiliser son personnel en temps et en heure pour assister aux dites sessions de formation et contribuer aux phases opérationnelles de paramétrage et de déploiement. Il prendra soin alors, surtout si la concession de logiciel s'inscrit dans un projet informatique plus vaste dont le client a seul la maîtrise d'œuvre (ou que celle-ci est confiée à un tiers), d'introduire une limitation de sa responsabilité en la matière.

(vi) Certains utilisateurs peuvent avoir une exigence marquée pour une procédure détaillée de **recette du logiciel** au cours de laquelle ils pourront effectuer des tests, détecter les bogues et anomalies éventuelles et les rapporter au fournisseur afin que celui-ci modifie le logiciel pour le rendre conforme aux spécifications contractuelles. L'objectif peut paraître louable si les tests de fonctionnement normal ou d'aptitude sont raisonnables et mutuellement agréés. Si l'objet du contrat porte sur un progiciel ayant fait ses preuves sur le marché se livrer alors à des tests peut a priori sembler exagéré. Outre la vérification d'aptitude du logiciel l'intérêt du licencié est de chercher à lier l'échéancier de paiement à la levée progressive et finale des réserves.

(vii) **Garanties**

S'entourer de garanties, quoi de plus naturel dans un monde où la parole donnée ne suffit plus à sceller un pacte irréversible et incontestable. En la matière, pour un licencié bien conseillé, nombreuses peuvent être les garanties à exiger du bailleur de licence, en prenant toujours soin cependant d'examiner leur adéquation au contexte de la transaction et sans oublier qu'à chaque garantie correspond souterrainement un prix. En tout état de cause on gardera à l'esprit la recommandation du professeur Michel Vivant d'apprécier la garantie « propter rem et non point en référence au schéma contractuel adopté »¹⁹.

¹⁹ « L'informatique dans la théorie générale du contrat », Dalloz 1994, p. 117 - 122

- Garantie de titularité des droits

Cette garantie est fondamentale dès lors que le logiciel est en réalité une œuvre composite incorporant une ou plusieurs œuvres prééxistantes. L'éditeur va garantir qu'il est soit le concepteur du logiciel soit qu'il en a acquis les droits de propriété intellectuelle auprès de ses auteurs et qu'il est libre de contracter avec le licencié.

- Garantie de conformité aux spécifications

Les spécifications du logiciel contiennent la description de ses caractéristiques, fonctionnalités, performances. En d'autres termes, elles décrivent les propriétés inhérentes au logiciel. Rien d'anormal par conséquent de faire application d'une règle bien acquise en droit de la vente, celle de la conformité du bien vendu. Au titre de cette garantie le fournisseur va garantir que le logiciel fonctionnera de manière substantielle en conformité avec les spécifications fonctionnelles.

- Garantie de complétude, rectitude et d'adéquation de la documentation de chaque version du logiciel

La documentation d'utilisation, englobant celle éventuellement communiquée lors des séances de formation, risque de contenir des omissions et/ou des erreurs de traduction et de localisation surtout lors du lancement de nouvelles versions du logiciel – à supposer que le licencié ait fait élection de se voir fournir les prestations de support et de suivi associées au logiciel - même si la plupart des éditeurs américains la livrent d'ordinaire dans leur langue natale. Elle est un outil nécessaire à la démarche d'optimisation de la productivité et c'est donc légitimement qu'un licencié puisse prétendre à ce type de garantie, pour autant qu'il soit à jour du paiement des redevances d'utilisation et de maintenance.

- Garantie d'originalité et d'absence de violation des droits de PI des tiers

La notion d'originalité a d'abord été consacrée en droit français par l'arrêt Babolat – Pachot prononcé le 7 mars 1986 par la Chambre Plénière de la Cour de Cassation. En application d'une telle jurisprudence dès lors qu'un programme porte la marque de l'apport intellectuel de son auteur il est original. La directive du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateurs, transposée dans notre droit, tout en conservant ce

critère de protection, a cependant retenu une définition de l'originalité basée sur « la création intellectuelle propre à son auteur ». L'investissement qu'un licencié va consentir en faisant acquisition d'un droit d'usage de logiciel s'équilibre en quelque sorte avec, en contrepartie, la garantie fournie par le cocontractant d'absence d'emprunt frauduleux (dans les œuvres composites les apports intellectuels peuvent être multiples mais chacun abandonne ses droits propres au profit de l'œuvre collective). Cette garantie, plus communément appelée d'éviction des droits des tiers, doit être précisément organisée dans l'intérêt des deux parties. Une procédure en contrefaçon²⁰ exposerait en effet le licencié à des difficultés majeures de production et à des coûts exorbitants mais pour autant le bailleur de licence ne doit pas pouvoir être abusivement appelé en garantie. Le licencié désire jouir en bon père de famille du bien objet de la licence et souhaite empêcher que, pendant les opérations de saisie-contrefaçon (art. L 332-4 du CPI) et de la procédure au fond (par assignation ou citation) - qui doit, à peine de nullité, suivre dans la quinzaine -, son activité soit considérablement perturbée, voire menacée. C'est pourquoi, au titre de la garantie d'éviction, le licencié réclame généralement que, dès la notification des poursuites par le tiers se plaignant victime de violation de ses droits de propriété intellectuelle, le fournisseur, à sa discrétion, rende le logiciel litigieux non contrefaisant, ou obtienne du plaignant le droit de continuer l'usage du logiciel, ou encore livre en remplacement du logiciel prétendu contrefaisant un logiciel aux fonctionnalités équivalentes (sans aucun supplément de prix). Le concédant de son côté va exiger de son licencié une parfaite coopération tout en prenant à sa charge les frais de défense et de procédure judiciaire de ce dernier. Il va en outre énumérer les situations d'exclusion d'application de cette garantie, la plus fréquente visant une modification sans aucune autorisation du concédant apportée au logiciel par le licencié ou sous son contrôle à partir de laquelle le litige prend sa source.

- Garantie de fourniture de conseil en adéquation avec les besoins du licencié

La question du manquement à l'obligation de conseil dans le cadre des contrats informatiques a alimenté à profusion les rôles

²⁰ Sur les particularités de cette procédure consulter l'ouvrage de Pierre Véron, « Saisie-contrefaçon », Dalloz, 1999, Chap. 2, p. 117 - 124

des tribunaux. On sait que cette obligation joue tant dans la phase préparatoire du contrat que tout au long de son exécution et qu'elle est à dimension variable selon le degré d'ignorance ou de familiarité du licencié au domaine de l'informatique ce qui conduit les magistrats à lui appliquer une « protection rhéostatique » pour reprendre l'élégante expression du professeur Collart-Dutilleul.²¹ Un bailleur de licence n'envisagera en général d'inscrire une telle garantie qu'à supposer que le client ait raisonnablement satisfait au préalable à l'expression de ses besoins, en particulier dans un cahier des charges ou en participant à des démonstrations ou ateliers au sein d'un club d'utilisateurs.

- Garantie d'absence de virus, ver, bombe, Cheval de Troie

Pour mémoire, un virus est un programme qui a la capacité à se reproduire tout seul. Un ver est un programme qui se reproduit tout seul et consomme de la puissance informatique empêchant ainsi les utilisateurs d'un programme de l'utiliser comme ils le désirent et conformément à la destination de ce dernier. Une bombe logique est un programme qui ne s'exécute qu'après écoulement d'un certain laps de temps pour causer alors des dommages. Un Cheval de Troie est un programme qui est supposé être utilisé pour une fonction spécifique connue.

Donner une garantie d'absence de tels démons de l'informatique est un exercice difficile pour un éditeur qui préférera plutôt garantir qu'il n'a pas connaissance que tout au long du processus d'ingénierie du logiciel celui-ci en ait été infecté.

- Garantie de communication en temps utile des moyens éventuellement nécessaires à la levée ou au débridement de tout dispositif technique de protection

Des logiciels sont parfois commercialisés munis d'un système de protection dont la licéité est incontestable.²² En pratique, les parties ne pensent pas toujours à l'indiquer dans la convention ainsi que les modalités de leur coopération en vue de maintenir un fonctionnement normal du logiciel par le licencié lors des opérations d'extension ou de renouvellement du dispositif en place tandis que se poursuit licitement dans le temps le droit d'utilisation. En présence d'un logiciel stratégique pour

²¹ voir article précité sous note 6, p.239

²² voir l'article de l'auteur cité en note 14

l'utilisateur il serait prudent que soit organisée dans le contrat l'obligation à la charge du concédant d'information et de délivrance des dispositifs d'accès au logiciel.

- Garantie de fourniture de tous services dans les règles de l'art et conformes aux usages professionnels et de maintien des moyens nécessaires à la correction des bogues

Lorsque la maintenance fait partie indissociable du contrat d'exploitation de logiciel le donneur de licence se double d'une qualité de prestataire de services. Or, faire intervenir un personnel technique qualifié et compétent lors du traitement correctif des incidents, que ce soit à distance ou sur site, ou encore lors de l'assistance à la mise en place de nouvelles versions, si celle-ci est contractuelle, est une attente légitime de la part d'un utilisateur. De même, qu'il veuille s'assurer que le prestataire ne fera pas défaut pour fournir une maintenance pérenne tant que dure le contrat, ne peut constituer en soi une revendication étonnante. C'est dans ce contexte précisément que s'inscrit la présente garantie.

- Garantie du prix le plus favorisé

Obtenir le meilleur prix pour un périmètre et une durée bien identifiés peut être un objectif obsessionnel chez certains licenciés confiant à leur direction achats le soin de négocier les paramètres essentiels de la licence. Pour couronner de succès la persévérance et la tenacité des représentants de leur direction achats et l'aptitude de ceux-ci à parvenir à ce qu'ils pensent être le meilleur prix du marché ces licenciés n'hésitent pas alors à exiger du fournisseur une garantie du prix le plus favorisé, leur permettant en cas de meilleur prix arraché par un autre licencié (la plupart du temps un concurrent) de s'aligner sur ce dernier à périmètre et durée équivalents. L'auteur de la présente s'autorise à penser qu'une telle garantie ne peut avoir qu'un effet très relatif dans la pratique car il est d'une part difficilement envisageable que des utilisateurs aient des besoins et un environnement informatique strictement identiques et d'autre part impossible d'obtenir la révélation licite de telles données, en l'état de l'obligation au secret qui s'applique à l'ensemble des parties. Il déconseillera par conséquent de consacrer trop de temps à son évocation.

- Garanties an 2000 et euro (pour mémoire)

On ne compte plus le nombre de débats passionnés qui ont accompagné la mise en place des garanties an 2000 et euro. Il n'est pas si sûr que ces débats soient devenus complètement obsolètes et on vérifiera soigneusement à l'aide d'informaticiens expérimentés la durée de vie de certains logiciels et les circonstances éventuelles de résurgence du même type de problème.

- (viii) En application de l'article L 122-6-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (issu de l'article 5 de la loi du 10 mai 1994) le fournisseur d'un logiciel peut se réserver contractuellement la faculté d'assurer le **support et le suivi du logiciel** (plus communément appelé dans le milieu de l'informatique « maintenance », vraisemblablement du fait de l'influence terminologique américaine qui utilise ce terme indifféremment pour du « hardware » ou du « software » ; on peut toutefois signaler qu'à proprement parler, ne peut se tenir dans la main que ce qui est matériel d'où l'inappropriété du mot maintenance pour les biens incorporels).²³

Les parties sont libres de prévoir ou non le contenu des prestations afférentes au support et au suivi de logiciel.²⁴ Elles peuvent également traiter cette question par voie de contrat séparé ou dans des conditions générales qu'elles réfèrent. Si un document est consacré à la « maintenance » du logiciel il est conseillé de bien différencier la maintenance curative de la maintenance évolutive.

Pour le service de support (« maintenance » curative) les parties devront en particulier s'attacher à définir le type d'anomalies entrant dans le champ d'intervention de l'éditeur et les cas d'exclusions, la procédure de signalement des incidents, les

²³ La maintenance des systèmes informatiques et le droit, Mémento-Guide Alain Bensoussan sous la direction de Danièle Véret, Hermès, 1993, voir not. 59-67 pour le chapitre consacré à la maintenance des logiciels ; Les contrats de maintenance en informatique, Jean-Louis Schaff, Les Petites Affiches du 17 avril 1991, N°46, p 13 – 21 ; Le droit du logiciel, Bernard Schaming, La Villeguerin Editions, voir N° 379 – 383 ; Droit de l'informatique, H.Croze et Y. Bismuth, N° 398s

²⁴ En l'absence de toute volonté exprimée par les parties par écrit les tribunaux se réfèrent aux usages et il est admis que les services de maintenance constituent une obligation de moyen pour le prestataire.

informations que le licencié devra systématiquement communiquer au personnel du support technique de l'éditeur, les délais de prise en compte et d'intervention en fonction de la gravité de l'incident, les pénalités éventuelles en cas de retard d'intervention pour les niveaux de sévérité les plus critiques, le mode d'accès à la ou aux bases de données enregistrant l'historique des incidents pour l'ensemble de la clientèle et la mise à disposition des patch correctifs, etc...

Dans le cadre des prestations de suivi (« maintenance » évolutive) le fournisseur détermine à sa discrétion les mises à jour et mises à niveau. On rapporte que la plupart des vendeurs de logiciels éditent de nouvelles versions tous les 6 à 18 mois²⁵. En général, la fourniture de nouvelles fonctionnalités des programmes est exclue du champ de la maintenance. De plus en plus, en effet, on peut observer que les éditeurs font figurer dans leur catalogue un nouveau code produit pour les progiciels affectés de nouvelles fonctionnalités.

La maintenance évolutive représente des investissements considérables pour les éditeurs. En outre la « volatilité » des ingénieurs de développement (programmeurs) et de support technique qui peuvent accepter des embauches successives chez la concurrence conduit les éditeurs à chercher à imposer à leurs licenciés l'utilisation des nouvelles versions de son progiciel avec retour ou destruction de chaque ancienne version (avec toutefois une tolérance pour la version n- 1). De leur côté, les utilisateurs exigent du fournisseur la livraison de nouvelles versions nécessairement compatibles avec les évolutions de leur propre environnement matériel. Certains praticiens conseillent pour les logiciels complexes et coûteux que le fournisseur s'engage à ne pas imposer de nouvelles versions ou de nouveaux produits en remplacement du logiciel pendant une certaine période ou qu'alors la redevance d'utilisation initialement versée par le licencié vienne en déduction de la redevance afférente au nouveau produit.²⁶ Un vaste champ est donc laissé à la négociation entre les parties.

²⁵ « How to decide when to upgrade software », Jeffrey Beard, New York Law Journal, Feb. 27, 2001

²⁶ Negotiating software license agreements in an economic downturn, Diana J.P. McKenzie & Derek A. Roach, The Computer & Internet Lawyer, vol. 18, N°12, Dec. 2001, p. 9 - 17

(ix) **Dispositions financières**

Quelques mots en premier lieu des pratiques de tarification des éditeurs avant d'aborder les questions liées à la facturation et au paiement des redevances.

On sait que la Convention de Berne ne contient aucune disposition relative à la rémunération constituant la contrepartie de la cession du droit exclusif d'exploitation. Mais, de son côté, le législateur français a, sous l'article L 131-4 du CPI, issu de l'article 135 de la loi du 11 mars 1957, expressément adopté la règle de la rémunération proportionnelle en fonction des recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Certes, cette règle était initialement destinée au domaine de l'édition de livres – avec la nuance que la rémunération est proportionnelle aux produits de l'exploitation en application de l'article L 132-6 du CPI – mais on peut constater qu'elle a sans difficulté été adoptée également dans les domaines de l'édition de phonogrammes et vidéogrammes ainsi que pour les logiciels. Toutefois, en matière de licence de logiciels, cette règle tend plutôt à devenir l'exception, d'autant que l'article L 131-4 du CPI (introduit par l'article 49 de la loi du 3 juillet 1985) a ouvert largement la voie en postulant que « le prix de cession des droits portant sur un logiciel peut être forfaitaire ».

Les éditeurs de logiciels, ainsi que les constructeurs d'ordinateurs, ne sont pas des fournisseurs comme les autres puisqu'ils participent à l'expansion, à la rentabilité et donc à la réussite d'une entreprise face à ses concurrents. Jusqu'au début des années 70 on peut remarquer que les logiciels formaient un tout indissociable des architectures matérielles avec lesquelles ils fonctionnaient. Il n'y avait donc pas de facturation séparée, ni de sous lot spécifique à la partie logiciel. C'est pour des raisons de conformité au droit antitrust américain qu'une société comme IBM, leader mondial incontesté à l'époque, a été forcée de commercialiser séparément les programmes informatiques associés au matériel qu'elle vendait. Le marché a vite pris le pas... En termes de rentabilité, l'arrivée de l'informatique a créé une véritable révolution dans certains secteurs d'activités. Par exemple, dans le milieu boursier et de la haute finance, les experts prévoient une diminution d'effectif de 80% en quinze ans ! On sait par ailleurs combien ont été facilitées, multipliées et accélérées, grâce à l'informatique, les opérations de dématérialisation des titres, de passation des ordres d'achat et vente par une seule personne désormais au lieu de trois il y a quelques années, de cotation automatique en continu... De

même, le tourisme (commande et réservation des billets de train, de bateau ou d'avion) et l'industrie de la téléphonie (gestion du parc et des appels sur des téléphones portables) n'existeraient pas ou seraient difficilement viables sans l'existence de l'informatique. Cette relation particulière entre un éditeur de progiciels et son client fait qu'il s'agit plus d'un partenariat que d'une simple relation client - fournisseur. De ce fait, et partant du principe que plus une entreprise a une activité en croissance plus elle a besoin d'ordinateurs puissants, l'éditeur a tout simplement basé la tarification de ses produits en fonction de la puissance de l'ordinateur ou du serveur de destination (en se référant soit au nombre d'unités de puissance, « power units » en anglais, ou d'unités centrale de traitement, central processor unit, « CPU » en anglais) ou en fonction du nombre d'utilisateurs au sein de l'entreprise devenant licenciée.

Pour éliminer toute discorde les éditeurs s'appuient sur les répertoires diffusés par des organismes indépendants tels que GARDNER Group, COMDISCO lesquels regroupent tous les modèles disponibles sur le marché ainsi que leur puissance exprimée en Group machine (Group, 40, 50, 60 ou alors en niveau DD, EE, FF). La redevance d'utilisation pour un progiciel donné est formulée pour un niveau DD puis multipliée par un coefficient propre à chaque niveau (ex $EE = DD \times 1.2$). Chacune des parties doit y trouver son compte²⁷, le licencié cherchant souvent une économie de ses coûts de gestion ou de production, l'éditeur en fixant un prix qui se rapproche le plus possible de son prix catalogue. De longues discussions vont alors intervenir entre les parties jusqu'à arrêter un montant global acceptable pour chacune d'elles et un échelonnement des mensualités, trimestrialités ou annuités selon le schéma adopté. Après avoir pris soin de fixer l'assiette des redevances (si telle est la volonté de l'éditeur, faire apparaître séparément le coût de la « maintenance » même si celle-ci est fournie à titre gratuit la première année ou intégrée dans le premier versement de licence) les parties doivent indiquer dans leur contrat les modalités de facturation (à qui, quand et à quelle adresse) et de paiement, les intérêts moratoires en cas de retard de paiement avec le cas échéant l'indication du délai de grâce accordé au détenteur de la licence, l'indice de révision qui s'appliquera et sa fréquence en cas de reconduction du contrat (la plupart du temps

²⁷ L'auteur du présent article n'a pas connaissance de l'exercice par un éditeur de l'action en rescision pour lésion pourtant introduite par l'article 37 de la loi de 1957.

en France les parties choisissent l'indice Syntec²⁸), les événements pouvant entraîner la déchéance du terme, etc...

Si la licence autorise le licencié à développer des œuvres dérivées (cas d'une licence accordée sur le code source) pour les commercialiser ou les faire commercialiser le concédant prendra soin de négocier également une redevance correspondant à un pourcentage du produit de la diffusion des dites œuvres dérivées.

(x) **Accès au code source – séquestre**

Si le concédant a pour préoccupations essentielles, d'une part, de se prémunir contre tout usage abusif de son logiciel par son client et, d'autre part, de percevoir la rémunération contractuelle en contrepartie des droits concédés et services de support et de suivi éventuellement inclus dans la licence, le licencié, de son côté, recherche, en toutes circonstances, une jouissance paisible et optimale du logiciel dont il acquiert le droit d'usage. Concrètement, cela signifie, en premier lieu, qu'il ne doit souffrir d'aucune interruption de fonctionnement due à un dispositif de verrouillage, en second lieu comme on l'a déjà évoqué qu'il puisse compter sur l'absence d'éviction de droits de tiers et enfin qu'il puisse, si nécessaire, accéder en dernier recours au code source du logiciel en cas de défaillance, cessation d'activité ou disparition de l'éditeur. Il a déjà été jugé à plusieurs reprises que, dans le silence du contrat, la communication du code source, sujet dont il est ici question, pouvait s'imposer au fournisseur en présence d'un logiciel spécifique.²⁹ Mais, dans le cas d'un progiciel, la doctrine n'admet pas qu'une telle situation prospère, sauf cas exceptionnel³⁰. Salutaire est alors la démarche où les

²⁸ Le SYNTEC INFORMATIQUE est le Syndicat des SSII, des Editeurs de logiciels et des Distributeurs à valeur ajoutée. En mars 2002 il comptait en France 460 groupes et sociétés y adhérents.

²⁹ Voir par exemple les décisions citées par le professeur Jérôme Huet p. 408 et 409 de son ouvrage co-rédigé avec Herbert Maisl « Droit de l'informatique et des télécommunications », Litec, édition de 1989

³⁰ « Dans le cas d'un progiciel les risques sont pris par le fournisseur. L'investissement consenti ne peut être rentabilisé que par une large diffusion, dont le client tirera lui-même bénéfice à travers l'abaissement du coût. Or, la divulgation du programme-source constituerait d'une certaine manière une incitation au pillage. En tout cas elle priverait le fournisseur de la maîtrise du progiciel. Elle ne saurait constituer un droit pour le client. Tout au plus peut-on admettre que le client puisse formuler une telle exigence dans certains cas exceptionnels, par exemple pour justifier de sa comptabilité auprès de l'administration fiscale. La solution de bon sens consiste à organiser contractuellement un droit d'accès », Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, Logiciels, N°68

parties organisent les modes d'accès au code-source et de sa remise au licencié avec la délimitation des actes autorisés et interdits. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, très souvent, en annexe au contrat de licence, est jointe une convention accessoire de séquestre³¹.

Cette convention a pour objet de désigner une tierce personne et de lui confier la mission de conserver le code source du logiciel dans toutes ses composantes et nouvelles versions depuis le premier dépôt, à charge d'en remettre copie à tout bénéficiaire expressément désigné, dans des circonstances et selon des modalités bien précises. Toute personne indépendante des parties telle qu'un notaire, huissier ou banquier peut être désignée séquestre. Mais la spécificité de l'informatique et en particulier les problèmes techniques qui peuvent être soulevés au moment du dépôt des sources ou de leur remise ainsi que les questions de sécurité relative à leur bonne conservation incitent plutôt à s'orienter vers des organismes spécialisés dont les plus notoires en France sont l'Agence de Protection des Programmes et France Logitas. Le licencié aura toujours intérêt à demander que soit stipulé que les personnes autorisées pourront avoir accès au code source, se faire remettre la liste des instructions dans un langage de programmation évolué, recevoir les indications nécessaires à l'intelligibilité du code source (soit une description complète du langage utilisé) et enfin recevoir la description des structures de programmation (algorithmes, description des formats de fichiers ou des bases de données utilisés) lesquelles sont nécessaires en particulier pour l'interfaçage ou autrement dit la communication avec d'autres programmes.

(xi) **Inspection**

Inutile de prévoir un droit de contrôle du bon usage du logiciel par le licencié si ce logiciel est pourvu de dispositif technique empêchant toute utilisation au-delà du périmètre effectivement concédé. Si tel n'est pas le cas cependant, compte tenu des difficultés potentielles pour des raisons probatoires et de temporalité de se voir judiciairement autorisé – nécessairement par voie d'ordonnance sur requête - de telles opérations de descente « commando » sur site, côté fournisseur il est vivement conseillé de se réserver une faculté de visiter chaque semestre ou année les locaux, ordinateurs et serveurs d'accueil du logiciel au

³¹ "Les clauses de séquestre des logiciels", Thierry Garby, Les Cahiers du Barreau de Paris, N°2 oct. 1987, p. 91 - 93 ; « Le dépôt des logiciels », guide juridique Alain Bensoussan, Hermès, 1992

sein du client ou de ses prestataires en cas d'exploitation confiée à un tiers. Ce droit d'inspection devra toutefois être strictement encadré pour éviter les abus et risques d'espionnage. Ainsi, les parties pourront prévoir d'une part que le concédant ne pourra pas envoyer ses propres employés dans le cadre de tels audits mais devra nommer un tiers indépendant, le cas échéant agréé par le licencié ; que, d'autre part, la conduite de telles opérations devra nécessairement être précédée d'un préavis raisonnable, de préférence expressément défini dans le temps, et qu'elle se feront dans le strict respect des règles de sécurité de l'établissement du licencié (ou de son prestataire dont celui-ci se portera garant), que les informations recueillies tomberont dans le champ d'application de la clause de secret, etc

Compte tenu des nombreuses questions pratiques que soulève la rédaction d'un contrat de licence de logiciel et dont nous n'avons ici abordé, dans les grandes lignes, que les plus significatives, nous pouvons soutenir que B.Edelman avait raison de souligner que le rapport de l'oeuvre au public est un "rapport de "lutte économique" qui transcrit à sa manière le contrat social. (B.Edelman, Une loi substantiellement internationale : la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins, JDI 1987, p555-609). Le lecteur aura bien compris qu'un contrat de licence d'exploitation de logiciel ne s'improvise assurément pas. Le mécanisme de négociation et de rédaction aboutit à résoudre des intérêts divergents. A cette négociation et ce travail de composition écrite mieux vaut associer plusieurs spécialistes, et parmi eux un juriste, partageant tous le même objectif d'équité distributive. Le meilleur contrat n'est-il pas celui qui photographie un état de confiance réciproque entre les parties, fruit d'un travail d'équipe et de respect mutuel ?

Août 2002