

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La communication des codes sources de logiciels. Etat de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle**

Montero, Etienne

*Published in:*  
Revue de droit intellectuel

*Publication date:*  
1995

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Montero, E 1995, 'La communication des codes sources de logiciels. Etat de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle', *Revue de droit intellectuel* , pp. 60-76.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LA COMMUNICATION DES CODES SOURCES DE LOGICIELS

## Etat de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle

par

Etienne MONTERO

### SOMMAIRE

1. Introduction	60
1.1. Que sont les sources ?	60
1.2. L'intérêt de l'accès aux sources ?	61
1.3. Plan de l'exposé	61
I. La communication des sources dans les contrats de logiciels	62
2. Accès aux sources et attribution des droits intellectuels	62
3. Y a-t-il un droit à la communication des sources ?	63
3.1. L'accès aux sources des logiciels « sur mesure »	64
3.2. Quid de l'accès aux sources des logiciels standard ?	67
3.3. Des hypothèses « frontières »	67
4. Le recours à l'article 6 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur	69
5. L'intérêt des stipulations contractuelles	71
6. Le dépôt des codes sources	71
6.1. L'objet du dépôt	72
6.2. Les circonstances donnant droit à la communication des sources déposées	72
6.3. Dépôt auprès de qui ?	72
6.4. La rédaction de la convention de dépôt	72
II. La communication des sources dans les contrats de travail	73
7. L'exercice des droits est réservé à l'employeur	73
8. L'exercice des fonctions du salarié : critères	74
9. Conclusion	76

**1. Introduction.** - La question de l'accès aux sources des logiciels est d'une grande importance dans la pratique. Les différends sont à cet égard fréquents, même si les tribunaux ne sont pas toujours saisis. On ne s'étonne pas de l'acuité du problème lorsque l'on sait ce que sont les sources et l'intérêt que l'on peut trouver à se les voir communiquer.

**1.1. Que sont les sources ?** - Le code source est le programme écrit en langage « de haut niveau » (pascal, cobol, fortran...) et compréhensible

par l'homme. Traduit par un compilateur (en langage binaire), il est transformé en code objet et devient lisible et exécutable seulement par la machine. Le code source se présente sur divers supports : bandes magnétiques, disquettes, listings... Il révèle les finesses de la conception et de la programmation. Il cristallise le fruit de tout un savoir-faire, d'une expérience et d'un travail coûteux. On comprend dès lors la réticence de l'entreprise créatrice du programme à divulguer les sources.

**1.2. L'intérêt de l'accès aux sources ?** - L'accès aux sources peut, dans certaines circonstances, s'avérer capital pour l'utilisateur du programme. En effet, le code source permet de comprendre l'architecture du programme, et donc aussi de modifier, d'apporter au programme des améliorations, des ajouts... La disponibilité des sources est également tout à fait essentielle pour assurer la maintenance du logiciel, c'est-à-dire la correction des erreurs du programme et son adaptation en fonction de l'évolution de l'environnement réglementaire ou technique (1). Il est vrai que le fournisseur assure souvent lui-même la maintenance, dans le cadre d'un contrat distinct du contrat de licence. Mais *quid* le jour où, pour quelque raison que ce soit (cessation d'activités, faillite, arrêt de la maintenance...), il n'est plus à même d'assurer cette maintenance ? L'accès aux sources est donc important pour une entreprise informatisée qui ne peut souffrir de perturbations provenant d'une maintenance devenue insatisfaisante ou nulle.

Le conflit d'intérêts est évident. Le souci du client de pouvoir utiliser de façon continue et sans entrave le logiciel et son aspiration à une certaine autonomie (2) se heurtent aux intérêts commerciaux du fournisseur qui entendent se réserver son *know how* et demeurer à l'abri du copiage.

**1.3. Plan de l'exposé.** - L'objet des développements qui suivent est de déterminer à quelles conditions le fournisseur peut être tenu de ménager au profit de son client un accès aux sources du logiciel. La question est envisagée principalement dans la relation unissant le fournisseur et le client utilisateur (I). Mais on abordera aussi, succinctement, le même problème dans le cadre du contrat de travail passé entre un employeur et son employé s'estimant à juste titre le véritable créateur de l'oeuvre logicielle. Le jour où ce dernier quitte son employeur, il peut avoir intérêt à revendiquer des droits sur les sources. Ses prétentions sont-elles fondées ? Cette question mérite examen (II).

Sur la maintenance, cons. G. DEWULF, M. SCHAUSS et R. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, N° 3, Bruxelles, Story scientia, 1989.

Entendant par là la liberté d'assurer lui-même la maintenance ou du moins de choisir son partenaire informatique. A ce propos, voy. G. DEWULF, M. SCHAUSS et R. LESUISSE, *op. cit.*, p. 48, N° 43.

## I. La communication des sources dans les contrats de logiciels

Avant d'aborder le vif du sujet, une remarque s'impose. La question de l'accès aux codes sources doit être clairement distinguée de celle qui concerne la titularité des droits de propriété intellectuelle.

**2. Accès aux sources et attribution des droits intellectuels.** - La jurisprudence estime d'ordinaire, à juste titre, que l'obligation qui peut être faite à une société informatique de consentir un droit d'usage sur les sources ne préjuge en rien de la titularité des droits d'auteur sur le logiciel (3). Ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 29 novembre 1989 dissocie clairement l'accès aux sources de la question de la titularité des droits de propriété intellectuelle sur les sources : « la remise de ces codes et documents n'est pas incompatible avec la conservation de la propriété intellectuelle de l'oeuvre, l'utilisateur ne pouvant en faire qu'un usage limité à l'exploitation du logiciel telle qu'elle a été définie dans les relations contractuelles, ce qui exclut toute possibilité de reproduction dans un but commercial sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits » (4).

L'utilisateur ne se voit reconnaître qu'un droit d'usage limité sur les sources. Cela veut dire qu'il ne pourra pas en user pour faire absolument tout ce qu'il souhaite, notamment améliorer le programme en vue de le commercialiser. Cette solution est certaine car si le logiciel est couvert par le droit d'auteur, sauf clause contraire, tous les droits sur l'oeuvre (en code objet comme en code source) reviennent au créateur, l'utilisateur n'ayant qu'un droit d'usage sur le programme. Cependant, le droit du concepteur sur l'oeuvre intellectuelle que constitue le logiciel ne saurait, semble-t-il, faire obstacle au droit d'utilisation sur un exemplaire de l'oeuvre dont est investi le licencié (5). Il paraît souhaitable que celui-ci soit toujours en mesure d'exercer de manière satisfaisante et effective son droit d'utilisation. Cela implique, que la maintenance et l'évolution du programme soient assurées dans de bonnes conditions. Or, si la société titulaire des droits n'est plus à même d'y pourvoir, un droit d'accès aux sources devrait pouvoir être reconnu à l'utilisateur, du moins dans certaines hypothèses à préciser.

Il semble en tout cas possible de ménager deux prétentions légitimes *a priori* contradictoires : d'une part, l'aspiration du client à pouvoir réaliser, dans les limites des droits acquis, les opérations nécessaires à l'utilisation optimale du logiciel (correction, adaptation, modification...) sans être à la merci du fournisseur (devenu incapable d'effectuer lui-même ces opérations ou proposant des conditions exorbitantes...), d'autre part, le souci du fournisseur de conserver la maîtrise de son produit.

(3) Cf. not. Bordeaux, 24 septembre 1984 : T.G.I. de Melun, 2 mars 1988 ; Civ. Mons (réf.), 20 mars 1992. Ces différentes décisions sont commentées *infra*.

(4) *D.I.I.J.* N° 7/1991, p. 39 ; commenté par M. VIVANT et A. LUCAS, « Chronique. Droit de l'informatique », *J.C.P.*, E, 1990, 1, 15920, p. 738, N° 6.

(5) A ce propos, voy. *infra*, N° 4.

Inversément, s'il y a eu cession de tous les droits patrimoniaux sur le logiciel, celle-ci emporte, selon nous, des droits équivalents sur les sources (6). A défaut, l'acquéreur du logiciel ne serait pas réellement apte à exercer les prérogatives normales dans le chef d'un cessionnaire de droits intellectuels : reproduire, modifier, adapter et, le cas échéant, distribuer l'oeuvre. En d'autres termes, il serait illusoire d'estimer la propriété intellectuelle acquise au client qui ne disposerait pas des sources ou ne bénéficierait sur ces dernières que de prérogatives limitées (7).

Ces précisions apportées, on en vient au coeur du sujet. On commence par envisager la question de la communication des sources des logiciels dans la relation qui unit le fournisseur à son client.

**3. Y a-t-il un droit à la communication des sources ?** - A défaut de stipulations contractuelles, réglant le problème, le client peut-il prétendre avoir un droit d'accès aux sources ? Pour répondre à cette question, deux pistes méritent *a priori* d'être explorées.

En toute hypothèse, le contrat de fourniture de logiciel a pour objet « de conférer un 'droit d'utilisation' d'un programme » (8). Le client tient du contrat le droit que le logiciel fonctionne correctement pendant une durée « normale » (9). A cet effet, le fournisseur est tenu de remettre au client tout élément nécessaire à l'utilisation du logiciel, à savoir le programme et ses accessoires. La question suivante se pose alors : peut-on considérer que les sources constituent un *accessoire* du programme fourni ?

Par ailleurs, la doctrine estime généralement que le principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré par les articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil, implique une triple obligation de loyauté, de pondération et de collaboration dans le chef des parties contractantes (10). Le devoir de

(6) En ce sens : P. GAUDRAT, « Les contrats de fourniture de logiciel. Conséquences contractuelles de la loi du 3 juillet 1985 », *D.I.T.*, 1986-II, p. 60, N° 26. *Contra* apparemment : F. TOUBOL, note sous T.G.I. de Melun, 2 mars 1988, *D.I.T.*, 1988/4, p. 61.

(7) Voy. cependant Comm. Charleroi, 19 janvier 1993 [*J.L.M.B.*, 1993, p. 1178 ; *R.R.D.*, N° 68, 1993, p. 404, note E. MONTERO], qui juge, de manière trop peu nuancée selon nous, que « les codes sources constituent donc l'aspect proprement créateur dans la mise au point d'un logiciel et restent la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque par la suite le logiciel est mis en vente ». Nous n'excluons toutefois pas qu'en utilisant l'expression « mis en vente », les juges carolorégiens ont en réalité voulu signifier « donné en licence », auquel cas nous pouvons nous rallier à l'affirmation qui est faite.

(8) P. POULLET, « Contrats portant sur la fourniture de logiciels », in *Le Droit des contrats informatiques*, Principes - Applications, Précis de la Faculté de Droit de Namur, N° 4, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 337.

(9) B. GRELON, *Les entreprises de services*, Paris, Economica, 1978, p. 65, note 224.

(10) Voy. P. van OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, un principe général du droit ? », *R.G.D.C.*, 1987/2, pp. 101-110, spéc. p. 103 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et s.

loyauté implique notamment une certaine obligation de livrer des informations loyales à son cocontractant dans le cours de l'exécution du contrat (11). En particulier, « le devoir d'informer porte sur tout élément de nature à permettre à l'autre partie d'exercer utilement ses droits » (12).

Qu'une bonne documentation - spécialement des manuels d'utilisation - doive être fournie à l'utilisateur ne fait pas de doute. Cette affirmation trouve appui aussi bien dans la théorie de l'accessoire que dans le principe d'exécution de bonne foi. Mais peut-on soutenir que les codes sources doivent pareillement être remis à l'utilisateur, soit qu'on les considère comme un accessoire des programmes fournis, soit qu'on prenne argument du devoir d'information imposé au professionnel par les articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil ?

En l'absence de clause expresse, il y a lieu de sonder l'intention commune des parties. A cet égard, la doctrine et la jurisprudence suggèrent de tenir compte de l'économie générale du contrat et de distinguer entre contrat de développement de logiciel sur mesure (3.1.) et contrat portant sur un logiciel standard ou progiciel (3.2.), ce qui ne permet pas toujours de trancher les nombreuses situations « frontalières » (3.3.) (13).

**3.1. L'accès aux sources des logiciels « sur mesure ».** - Lorsque le contrat porte sur la création d'un logiciel spécifique, la plupart des auteurs estiment qu'il est conforme à l'économie de la convention que le client ait un droit d'accès aux sources (14). Cette solution paraît équitable dans la mesure où ce type de programme est conçu et réalisé pour répondre aux besoins propres du client et selon ses spécifications, sans compter que c'est également lui qui en finance le développement. Aussi, aux yeux d'une doctrine pratiquement unanime, c'est au titre d'un accessoire de la prestation que le code source doit être délivré au client. Le devoir de bonne foi - et son corollaire, l'obligation d'information - est aussi parfois invoqué.

L'analyse de la jurisprudence invite cependant à plus de prudence. La plupart des décisions se gardent, en effet, d'affirmer que le contrat de logiciel sur mesure implique par nature un droit d'accès aux sources. Certaines d'entre elles donnent à croire qu'il y a lieu de cantonner la règle ainsi posée aux seuls cas de défaillance ou de manquement du fournisseur. Néanmoins, la jurisprudence tend aujourd'hui, semble-t-il, à généraliser la

solution, estimant qu'en tout état de cause l'utilisateur a un droit d'accès aux sources des programmes écrits spécifiquement pour lui. Voyons cela de plus près.

Le principe du droit d'accès, aux codes sources du client ayant commandé un logiciel spécifique a été affirmé pour la première fois par une décision du tribunal de commerce de Paris du 3 décembre 1980 (15). Cette position n'est cependant pas décisive dans la mesure où elle est prise sur la base d'une interprétation d'une clause du contrat qui prévoyait la fourniture de « tous les documents élaborés au cours des travaux, notamment la programmation ».

Le mérite de l'arrêt rendu le 24 septembre 1984 par la Cour d'appel de Bordeaux (16) est non seulement d'avoir confirmé apparemment le droit pour l'utilisateur d'un logiciel sur mesure de se voir communiquer les sources, mais aussi d'en préciser le fondement. C'est, en effet, sur la base de l'article 1135 du Code civil que la Cour a estimé que le client avait un droit d'usage des sources. Ici encore, comme en d'autres matières, cette disposition du Code civil permet d'élargir le domaine du contrat. La Cour s'est exprimée en ces termes : « attendu que l'usage... mais aussi l'équité (la société Meunier ayant directement, ou indirectement par l'intermédiaire d'une société de leasing, réglé le montant des travaux effectués spécialement pour elle et dans son intérêt, notamment en ce qui concerne le langage évolué) imposent à la société I.2.S. de consentir à la société Meunier, en exécution du contrat, un droit d'usage des sources du logiciel spécifique... » (17). Ainsi donc est-ce l'usage et l'équité qui commandent cette solution car, comme le constate la Cour, à défaut des sources, le client serait dans l'impossibilité matérielle d'assurer l'entretien normal de ses logiciels alors qu'il en avait payé le développement. Toutefois, il convient de préciser qu'en l'espèce le fournisseur était en cessation d'activités. Cette circonstance a dû vraisemblablement infléchir la solution du litige. Il n'est donc pas certain que cette décision puisse être généralisée.

L'arrêt déjà évoqué de la Cour d'appel de Nîmes du 29 novembre 1989 a également contraint la firme informatique à la remise des sources, ajoutant par ailleurs que « ce droit à l'exploitation du logiciel faisant partie intégrante des contrats soumis à l'examen de la Cour, la remise des codes sources ne peut être subordonnée à une nouvelle contrepartie financière non exprimée au contrat ». Mais, en l'espèce, il s'agissait également de suppléer à la carence de l'entreprise informatique, déclarée en liquidation de biens,

(11) P. van OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 103.

(12) J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 296, N° 14.

(13) Voy. G. DEWULF, M. SCHAUSS et R. LESUISSE, *op. cit.*, p. 51, N° 49.

(14) Voy. F. DUPUIS-TOUBOL, « La mise sous séquestre des codes de logiciels », *Expertises*, N° 142, 1991, p. 292 ; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 406, N° 432 ; B. LEJEUNE, « Code source et contrats de logiciel », *Dr. inform.*, 1986/1, p. 3, N° 6 ; A. LUCAS, *L'informatique et le droit commercial*, Actes du colloque de l'Association « Droit et Commerce », Paris, 1979, p. 489 ; M. VIVANT, C. LE STANC et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, 1992, p. 32.

(15) *Expertises*, 1981, N° 614.

(16) Commenté par M. VIVANT, C. LE STANC et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, 1992, p. 296, N° 556 et p. 326, N° 602 ; cf. aussi M. VIVANT ET A. LUCAS, « Chronique d'actualité. Droit de l'informatique », *J.C.P.*, E, 1986, I, 15131, N° 11 ; 1990, I, 15920, N° 6.

(17) Le texte entre parenthèses fait partie de l'attendu cité.

si bien qu'on ne peut inférer de manière certaine de cet arrêt le principe du droit du client d'accéder aux codes sources.

A la différence des décisions qui viennent d'être analysées, l'arrêt du tribunal de grande instance de Melun du 2 mars 1988 (18) paraît ériger en principe de portée générale la communication à l'utilisateur des sources d'un logiciel conçu et écrit pour ses besoins propres. En effet, *in casu*, la décision n'est fondée ni sur une interprétation de la volonté des parties ni, à proprement parler, sur la circonstance d'une défaillance du fournisseur : « Attendu qu'en revanche, dans l'hypothèse de la prestation d'un logiciel spécifique, le client obtient le résultat d'un travail qu'il a spécialement commandé, auquel il a généralement participé et qui correspond à des préoccupations originales ; que le prix est alors supérieur à la simple mise à disposition d'un progiciel ; que l'utilisateur d'un logiciel spécifique dispose dans le cadre de cette prestation du droit de pouvoir le maintenir et le modifier en fonction de ses besoins personnels, sans devoir faire appel à la société fournisseur ; qu'en conséquence, la communication des sources à l'utilisateur s'impose, les sources représentant alors un accessoire de la prestation fournie ». Comme le relève l'annotateur, « Lorsque le fournisseur d'un logiciel spécifique ne souhaite pas remettre à son client les sources, il doit en conséquence le prévoir expressément dans le contrat ou décider de confier les sources à un séquestre, faute de quoi il pourrait désormais se voir contraint judiciairement de donner à son client les sources » (19).

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 janvier 1985 (20) paraît contredire ce point de vue. Mais, à y regarder de plus près, on constate qu'il n'en est rien. En l'espèce, le client était un vendeur professionnel d'ordinateurs qui, par ailleurs, confiait en sous-traitance à des tiers le développement de logiciels spécifiques pour le compte de ses clients, acheteurs du matériel. Il faisait valoir qu'il devait pouvoir assurer la maintenance des logiciels en recevant les codes sources. L'entreprise prestataire plaidait que « la réalisation des programmes-sources est l'objet de son activité et que leur remise lui faisait perdre le bénéfice de son investissement et de ses suites ». D'après la Cour, dans le silence du contrat, le prestataire n'a pas à livrer ses sources : « H. et S. était fondée à conserver les programmes sources dans tous les cas où leur restitution n'était pas prévue par les conventions ». La solution peut surprendre ; elle est pourtant satisfaisante dans la mesure où elle est fondée sur une judicieuse analyse de la volonté des parties. Etant donné que certains contrats prévoyaient expressément la « restitution » des sources, la Cour en a déduit qu'en l'absence d'une telle précision dans un document contractuel, le prestataire n'avait pas à livrer les sources. Cette interprétation

(18) *D.I.T.*, 1988/4, pp. 56-62, note F. TOUBOL.

(19) F. TOUBOL, note sous T.G.I. de Melun, *op. cit.*, p. 62.

(20) Cité et commenté par M. VIVANT et A. LUCAS, « Chronique d'actualité. Droit de l'informatique », *J.C.P.*, E. 1986, 1, 15131, p. 45, N° 11.

du *negotium* paraît conforme au principe de l'obligation de livrer les sources des logiciels sur mesure sauf clause contraire (21).

Parfois, la remise des sources fait l'objet d'une clause spécifique du contrat de logiciel sur mesure, du type « *Le fournisseur fournira à l'utilisateur les programmes sources du logiciel qui ont été écrits pour lui ainsi que la documentation y afférente* ». Toute difficulté d'interprétation est alors bien évidemment évacuée.

**3.2. Quid de l'accès aux sources des logiciels standard ?** - En matière de logiciels standard ou progiciel, il semble qu'aucun droit d'accès au code source ne soit d'office reconnu. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de grande instance de Melun dans le jugement, déjà cité, du 2 mars 1988 : « qu'en l'absence de stipulation expresse, la fourniture d'un logiciel standard n'entraîne pas automatiquement la délivrance d'une source correspondante ». Le code source d'un progiciel ne sera presque jamais communiqué au client. Commercialisé à grande échelle, un progiciel est acquis moyennant un coût très peu élevé par rapport à l'ensemble des frais de conception et de mise au point. Soucieux de se réserver l'exploitation du progiciel, dont le développement est financé par lui, le fournisseur ne souhaite pas, à juste titre, communiquer les sources au risque de faciliter le plagiat. Etant donné l'économie du contrat de progiciel, il est permis d'estimer que le fournisseur n'a pas l'obligation de les délivrer, ni au titre d'un accessoire, ni sur le fondement des articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil. Doctrine et jurisprudence sont unanimes : l'absence de référence au code source dans un contrat de progiciel entraîne l'exclusion de la communication des sources (22).

Même si l'hypothèse est rare, le fournisseur d'un progiciel peut bien entendu consentir à communiquer le code source au client. C'est ce qui a été préconisé dans la présente clause : « *L'expression 'programme sous licence' signifie le programme donné en licence sous forme lisible ou susceptible d'interprétation par machine, y compris éventuellement les supports en code machine ou en code source* ».

**3.3. Des hypothèses « frontières ».** - En résumé, sauf clause contraire, dans le cadre d'un contrat d'écriture de logiciel sur mesure, l'utilisateur est en droit d'exiger la remise des codes sources, notamment

(21) Voir aussi l'arrêt du tribunal de grande instance de Paris du 26 mars 1985 (résumé par J. HUET et H. MAISL, *op. cit.*, p. 409) qui refuse d'ordonner la communication des sources dans une affaire opposant une société de services et un sous-traitant. Mais il semble que la décision soit également fondée sur une interprétation du contrat conclu entre les parties : « La société de services ne peut être, elle non plus, condamnée à livrer au client, quelles que soient les conventions passées entre eux, puisqu'il se révèle qu'elle ne les a pas ».

(22) J. HUET et H. MAISL, *op. cit.*, N° 433, et les réf. ; B. LEJEUNE, *op. cit.*, N° 5 ; F. TOUBOL, « La mise sous séquestre... », *op. cit.*, p. 292 et les réf. ; M. VIVANT, C. LE STANC et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, 1992, N° 601, et les réf.

lorsqu'il en a besoin pour assurer la maintenance des programmes ou les faire évoluer en lieu et place du fournisseur défaillant. Dans ce cas, il peut, en principe, les utiliser conformément aux droits intellectuels acquis sur le logiciel en code objet. Par contre, en matière de progiciels, le principe semble être celui de la non-communication des sources.

Comme on l'a fait remarquer, « cette distinction n'est décisive qu'en apparence, et l'on peut s'interroger sur le sort à réserver aux progiciels développés et commercialisés à petite ou moyenne échelle, au coût élevé » (23).

En effet, entre le logiciel entièrement développé sur mesure et le progiciel de grande série, il existe de nombreuses situations intermédiaires. D'une part, il n'est pas rare que les logiciels sur mesure comprennent plusieurs modules standard, auquel cas les sources correspondant à certaines parties du programme pourront éventuellement ne pas être communiquées. D'autre part, certains programmes, dits standard, peuvent être adaptés ou paramétrés - légèrement ou de façon très significative - aux besoins particuliers de chaque client.

La solution préconisée en ce qui concerne les progiciels - soit la non-communication des sources - doit être approuvée s'agissant des programmes de grande diffusion. On en a vu le motif : les coûts de développement sont, dans cette hypothèse, infiniment supérieurs au prix d'acquisition payé par l'utilisateur. L'obligation faite au fournisseur de divulguer les sources heurterait les usages aussi bien que l'équité. La solution ne serait d'ailleurs pas viable économiquement. Ces raisons expliquent qu'aucune décision n'a admis à ce jour qu'un fournisseur puisse être contraint de communiquer les sources d'un tel logiciel standard.

En revanche, s'agissant de progiciels paramétrés (ou adaptés), de diffusion très restreinte et au coût significatif, un droit d'accès paraît à première vue fondé, spécialement dans certaines hypothèses. On songe à tous les cas possibles de défaillance ou de manquement du fournisseur : cessation d'activités, arrêt de la maintenance, faillite du fournisseur, maintenance proposée à des prix prohibitifs... Sont visées en somme toutes les situations où, contre sa volonté, le client se retrouverait pratiquement dans l'impossibilité d'exercer de façon utile son droit d'usage. Chaque fois que l'utilisation d'un tel progiciel serait compromise, on pourrait soutenir que le client a un droit d'accès aux sources, reconnu sur la base des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil.

C'est ce qu'a jugé le tribunal d'instance de la Réunion par une décision du 7 janvier 1986 (24). Un client, pharmacien, avait acheté un système informatique comprenant un logiciel. Le fournisseur refusait d'effectuer la maintenance-adaptation du logiciel devenu obsolète à la suite de modifi-

cations intervenues dans des règles de la Sécurité sociale. Le tribunal condamna le fournisseur, sous astreinte, à adapter le logiciel, en l'autorisant à se libérer de cette obligation par la livraison du listing du programme. Le tribunal prit soin d'observer que « le fournisseur ne saurait prétendre qu'il s'agissait d'un logiciel de série alors qu'il l'a réalisé seulement pour deux pharmaciens, et que, si cela avait été le cas, il l'aurait vendu bien moins cher ». On note que le prix peut utilement servir d'indice du type de logiciel en cause, standard ou sur mesure (25).

L'ordonnance du 20 mars 1992 du tribunal de première instance de Mons, siégeant en référé, mérite aussi d'être mentionnée (26). En l'espèce, il s'agissait clairement de trois progiciels (Dashboard King, Unix et Dataflex) dont la demanderesse voulait se voir communiquer les sources et la documentation afin de pouvoir les expertiser pour en constater les vices allégués. Le juge accéda à cette demande en considération des circonstances de l'affaire, et spécialement « des droits de la défense ».

En fin de compte, dans les hypothèses mixtes suggérées, tout peut devenir une question d'espèce laissée à l'appréciation du juge. Il faut dès lors se garder en cette matière de solutions de principe trop tranchées et considérer soigneusement les circonstances de fait qui entourent chaque situation litigieuse.

**4. Le recours à l'article 6 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (27).** - Un argument général en faveur du droit de l'utilisateur à la communication des sources peut-il être trouvé dans la récente loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur ? (28) Au titre des exceptions aux actes soumis à restrictions, l'article 6 envisage « les actes visés à l'art. 5, a) et b) (29) lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre à la personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination, en ce compris la correction des erreurs » (30). Autrement

(25) A cet égard, cf. également : Paris (5e ch.), 5 juillet 1990, Aff. Cœmitel, *D.I.T.*, 1991/3, p. 40.

(26) *Expertises*, N° 157, 1993, pp. 38-40, obs. V.-V. DEHIN.

(27) Parmi une abondante bibliographie sur cette directive, on citera, en langue française : F. BRISON ET J.-P. TRIAILLE, « La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge », *J.T.*, 1991, pp. 782-791 ; T. DREIER, « La directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3536, pp. 351-357 ; M. VIVANT, « Le programme d'ordinateur au Pays des Muses. Observations sur la directive du 14 mai 1991 », *J.C.P.*, E, 1991, N° 94, pp. 479-486.

(28) *Mon. b.*, 27 juillet 1994, pp. 19315-19317. Pour un commentaire de ce texte, voy. A. Strowel, « La loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur », *Ing.-Cons.*, 1994, pp. 70-87.

(29) Ces actes sont la reproduction, la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme d'ordinateur.

(30) Les articles 5 et 6 de la loi belge du 30 juin 1994 transposent respectivement les articles 4 et 5 de la directive européenne du 14 mai 1991.

(23) G. DEWULF, M. SCHAUSS et R. LESUISSE, *op. cit.*, p. 52, N° 50.

(24) Résumé par J. HUET ET H. MAISL, *op. cit.*, p. 408.

dit, aux conditions fixées à l'article 6, les opérations nécessaires à l'utilisation du logiciel sont autorisées sans qu'une stipulation contractuelle soit nécessaire à cet effet. Or, l'effectivité de cette disposition protectrice de l'utilisateur ne risque-t-elle pas d'être bien souvent subordonnée en pratique à la disponibilité des sources ? Dans l'affirmative, est-il permis d'en conclure que la remise du code source est en conséquence sous-entendue dans la mesure où, en pratique, l'utilisateur légitime doit disposer des sources pour pouvoir effectuer certains actes - en particulier la correction des erreurs ou l'adaptation - conformément à l'article 6 de la loi ? Nous ne le pensons pas au motif que l'utilisateur n'est pas investi du *droit* d'adaptation, bénéficiant seulement à cet égard d'une exception aux droits exclusifs. Autrement dit, il jouit d'une simple *faculté* d'adaptation. Cela signifie que le fournisseur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel par l'acquéreur légitime. Mais il est libre d'accepter ou de refuser de communiquer les sources (31). Toute autre est la situation où l'utilisateur est cessionnaire du droit d'adaptation. Dans ce cas, un droit à la communication des sources est effectivement sous-entendu au titre d'un accessoire de la cession (32). A cela s'ajoute un argument d'ordre économique. En effet, la disposition en cause vise indistinctement tous les types de logiciels. Or, il paraît difficile d'admettre que tout titulaire d'une licence d'utilisation sur un logiciel standard de grande diffusion puisse prétendre à la divulgation des sources du logiciel (33). On peut sans doute estimer que l'article 6 n'est *pleinement* efficace qu'à la condition que l'utilisateur dispose au moins d'un droit d'usage sur les sources. Mais il est erroné de penser que l'exception aux droits exclusifs, prévue par cet article implique une autorisation tacite d'accéder aux sources accordée à tout utilisateur.

Il est certain, par ailleurs, que cette disposition ne peut servir de base à une revendication des sources aux fins de réaliser la maintenance ou de procéder à des adaptations alors que le fournisseur s'offrirait pour le faire. Le Parlement européen avait d'ailleurs voulu inscrire la maintenance parmi les actes non soumis à autorisation mais la Commission a rejeté l'amendement (34).

(31) Rappr. P. GAUDRAT, *op. cit.*, 1986-II, p. 60, N° 26.

(32) Voy. *supra*, N° 2 *in line*.

(33) L'article 5 de la directive est à rapprocher de l'article 46 de la loi française du 3 juillet 1985 qui dispose que l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés. Or la doctrine estime que cet article, qui ne distingue pas selon le type de logiciel visé, ne peut fonder un droit pour l'utilisateur d'accéder aux sources car cette règle vaudrait pour les logiciels spécifiques comme pour les logiciels standard, ce qui n'est pas acceptable dans ce dernier cas (cf. F. TOUBOL, note sous T.G.I. de Melun, 2 mars 1988, *op. cit.*, p. 61 ; *Contra* apparemment : M. VIVANT, C. LE STANC et alli, *Lamy Droit de l'informatique, op. cit.*, 1992, N° 602).

(34) Cf. B. CZARNOTA et R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 66. Sur ce point, voy. aussi M. POWELL, « Licences de logiciels. Application des règles de concurrence de la CEE », *Expertises*, N° 145, 1992, pp. 412-432, spéc. p. 420.

Ceci étant dit, il serait inexact de conclure que l'interprétation suggérée de l'article 6 aboutit à le priver de toute effectivité. Cette disposition reste précieuse pour l'acquéreur légitime d'un programme dans la mesure où, dorénavant, il ne doit plus justifier d'une autorisation expresse aux fins de pouvoir utiliser le programme (35). Par contre, elle n'est d'aucun secours en ce qui concerne la question de l'accès aux sources. On peut d'ailleurs regretter que le texte de la directive - tout comme celui de la loi belge de positionnement - ne fasse aucune référence à ce problème qui se rencontre pourtant fréquemment en pratique (36).

**5. L'intérêt des stipulations contractuelles.** - En toute hypothèse, il est prudent de régler par voie contractuelle la question de l'accès aux sources. Mais cette précaution pourrait s'avérer insuffisante. Des discussions sont encore possibles sur les circonstances qui donnent ouverture au droit de consulter les sources ou sur les modalités d'exercice de ce droit, sans évoquer tous les inconvénients qui accompagnent le choix de la voie contentieuse pour le règlement de ce genre de différend. Des difficultés pouvant surgir également lorsque le fournisseur a disparu ou est tombé en faillite (37). D'où l'intérêt qu'il peut y avoir d'organiser, dès la conclusion du contrat, le dépôt des codes sources auprès d'un tiers indépendant.

C'est à l'examen des conventions nécessaires à cet effet que nous consacrons les développements qui suivent.

**6. Le dépôt des codes sources.** - Lorsqu'un dépôt des sources a été organisé, l'utilisateur se voit reconnaître le droit d'accéder aux sources déposées dans les hypothèses définies au contrat. De leur côté, les fournisseurs trouvent aussi un certain intérêt au dépôt des sources, qui les pousse de plus en plus à y procéder spontanément. En effet, dans le cadre d'actions en contrefaçon, le dépôt des sources des logiciels facilite la preuve de leur qualité d'auteur et de la date à laquelle le logiciel a été conçu (38).

(35) Car, pour pouvoir utiliser un logiciel, il faut accomplir des actes de reproduction qui, en principe, tombent sous le monopole d'exploitation de l'auteur. En effet, il est admis que la seule mise en mémoire du programme implique déjà un acte de reproduction et partant, sauf utilisation strictement privée, une atteinte portée aux droits exclusifs de l'auteur. A ce propos, voy. A. BEREMBOOM, *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 171, N° 152, et les réf. citées.

(36) En ce sens : J. HUET : « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs (directive communautaire du 14 mai 1991) », *D.*, 1992-II, p. 316.

(37) En effet, si les parties n'y prenaient garde au moment de rédiger les clauses relatives à la communication des sources, certaines dispositions d'ordre public du droit de la faillite risqueraient de rendre certaines de ces clauses inefficaces. Pour un approfondissement de la question, voy. not. B. LEJEUNE, « Code source et contrat de logiciel », *Dr inform.*, 1986/1, pp. 2-9.

(38) F. TOUBOL, « La mise sous séquestre... », *op. cit.*, p. 293 ; *Comm. Paris*, 3 juin 1991, *Expertises*, N° 158, 1992, XIX. Remarquons toutefois que seul le dépôt notarié confère date certaine (voy. l'art. 1328 C. civ.).

**6.1. L'objet du dépôt.** - L'objet du dépôt est constitué des codes sources, généralement sur support magnétique. Toutefois, il s'avère que le dépôt des seules sources est insuffisant pour permettre au client d'en user en vue d'effectuer les corrections ou modifications souhaitées. Le fournisseur doit donc également déposer les documentations techniques (dossiers d'analyse et de programmation), les dossiers plans de test, la documentation concernant l'environnement technique ainsi que la documentation utilisateur. Bref, le dépôt porte sur les sources dûment documentées.

**6.2. Les circonstances donnant droit à la communication des sources déposées.** - Ainsi qu'on l'a déjà souligné, l'accès aux codes sources s'impose surtout en cas de défaillance du créateur ou du distributeur des logiciels. Il s'agit donc de permettre à l'utilisateur de prendre en charge ou de faire prendre en charge la maintenance des logiciels dès l'instant où elle n'est pas assurée par le fournisseur ou encore en cas de cessation d'activités de ce dernier. La faillite du fournisseur constitue également une circonstance au regard de laquelle l'accès aux sources paraît crucial.

**6.3. Dépôt auprès de qui ?** - Le dépositaire peut être toute personne indépendante des parties qui accepte de recevoir les codes sources et s'engage à les délivrer à l'utilisateur aux conditions et selon les modalités fixées dans l'accord des parties. Les notaires, les banquiers ou encore les huissiers semblent être, dans notre pays, les plus indiqués pour remplir cet office. En pratique, l'appel à leurs services reste cependant exceptionnel en la matière.

En France, il existe deux organismes spécialisés dans ce genre de dépôt : l'APP (l'Agence pour la protection des programmes) et Logitas. Le même service est offert, aux Pays-Bas, par la société Computer Uitwijk Centrum (CUC). Un organisme analogue doit encore voir le jour en Belgique.

**6.4. La rédaction de la convention de dépôt.** - La clause réglant l'accès aux sources comprend une série de paramètres :

- l'objet du dépôt ;
- la durée du dépôt ;
- l'indication des circonstances qui ouvrent le droit de consulter les sources ;
- les modalités relatives au dépôt des nouvelles versions ;
- le mode de contrôle de la conformité des sources (à l'occasion du premier dépôt, mais aussi chaque fois que sont déposées les sources des nouvelles versions) ;
- la prise en charge des frais de dépôt.

Au vu de cette énumération, qu'il soit permis d'observer combien la formule du dépôt est lourde et sa mise en oeuvre laborieuse.

A titre d'exemple, voici quelques clauses types à insérer dans le contrat de licence du logiciel :

- « *Le progiciel visé à l'annexe 1 a été déposé auprès de X (+ adresse) sous le numéro YYYYYYYY.*

*L'utilisateur ayant régulièrement acquis les droits d'utilisation dudit progiciel peut accéder au programme source, en cas d'obligation légale ou en cas de défaillance du fournisseur du programme sous le contrôle de X »*

Cette clause s'inspire de l'article 6 des statuts de l'Agence pour la Protection des Programmes. Ceux-ci prévoient en réalité un contrôle par la Commission d'arbitrage de l'APP. Autrement dit, l'accès n'est autorisé qu'après étude de cette Commission aux fins de vérifier si l'utilisateur a raison d'estimer qu'il y a défaillance du fournisseur. Dans le cadre d'un dépôt en banque ou chez notaire, on peut imaginer que les parties confient au banquier ou au notaire (39) cette tâche de vérifier si les conditions de l'accès aux sources sont réunies en l'espèce. Cet examen ne préjuge pas d'un contrôle a posteriori par le juge du fond. Celui-ci pourra, le cas échéant, ne pas accéder à la demande de l'utilisateur s'il estime, après examen des preuves présentées par les parties, qu'il n'y a pas réellement « défaillance du fournisseur ni situation de blocage durable et permanente » (40).

On note par ailleurs que, dans la clause proposée, le recours à l'expression « défaillance du fournisseur » fournit à l'interprète (l'utilisateur, le dépositaire ou encore le juge) une plus grande marge de manoeuvre que l'énumération de deux ou trois hypothèses bien définies.

- « *Les sources ne sont pas mises à disposition du client ; le fournisseur s'engage à les déposer chez X.*

*Lors de chaque modification des programmes, une version actualisée sera obligatoirement déposée chez X. Le fournisseur autorise expressément X à remettre à l'utilisateur copie de la dernière version des sources déposées dans les cas suivants : arrêt de la maintenance par le fournisseur ou à la demande du client à condition qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée, cessation d'activités ou faillite »*

Cette clause, à la différence de la première, procède à une énumération limitative des circonstances dans lesquelles le dépositaire est habilité à délivrer copie des sources. Elle précise bien que les sources déposées doivent toujours être celles de la dernière version du programme.

II. La communication des sources dans les contrats de travail

**7. L'exercice des droits est réservé à l'employeur.** - L'employé peut-il faire valoir certains droits patrimoniaux sur les sources des logiciels qu'il a créés dans l'exercice de ses fonctions ? Dans son chef, le véritable enjeu est évidemment de pouvoir utiliser les sources - spécialement après qu'il

(39) Il est vrai qu'ils sont plutôt réticents à rendre ce service qui cadre mal avec leur fonction.

(40) Jugé ainsi par le tribunal de grande instance de Paris dans une ordonnance en rétéré du 12 mars 1990 (*Expertises*, N° 127, 1990, p. 159).

ait quitté son employeur - afin d'adapter, de modifier ou d'étendre le logiciel, c'est-à-dire en définitive de créer un programme concurrent plus performant pour le commercialiser. Aussi, la question renvoie-t-elle à celle plus générale des droits de l'employé sur les programmes développés par lui dans le cadre d'un contrat d'emploi (41).

Or sur ce point, la loi du 30 juin 1994 établit une exception au principe de la titularité des droits d'auteur selon lequel le programmeur est le bénéficiaire de la protection accordée par le droit d'auteur. En effet, aux termes de l'article 3, « seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur », sauf s'il en a été disposé autrement par voie contractuelle ou statutaire (42). Cette disposition - qui procède manifestement d'une logique économique soucieuse de protéger d'abord l'investisseur - ne laisse subsister aucun doute quant aux droits patrimoniaux sur les sources : l'employeur seul en est investi ou, plus précisément, leur exercice lui est réservé en exclusivité à la faveur d'une présomption simple de cession. La solution contraire, réservée par le texte de la directive, n'est possible qu'à condition qu'elle ait été soigneusement établie dans des clauses contractuelles rédigées à cet effet.

**8. L'exercice des fonctions du salarié : critères.** - L'exigence que le programme ait été créé dans l'exercice des fonctions du salarié ne manquera pas de susciter en pratique des difficultés d'appréciation. En effet, les contrats de travail sont généralement faconiques sur la délimitation de l'exercice des fonctions de l'informaticien salarié. De surcroît, la jurisprudence belge ne peut être d'aucun secours étant donné que, jusqu'à présent, la solution inverse à celle de l'article 3 prévalait (43). La

(41) A propos du régime général des créations d'employés en droit belge, voy. not. A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, « Jurisprudence récente et questions d'actualité en matière de protection des logiciels », *Ing.-Cons.*, N° 12, 1993 pp. 325-348, spéc. p. 334 et s.

(42) L'art. 3 de la loi transpose l'article 2.3 de la directive selon lequel : « Lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires ». Cette formulation laissait subsister un doute sur la question de savoir si l'employeur était le cessionnaire présumé des droits ou s'il était le simple mandataire de ses employés. Le législateur belge a manifestement retenu la première interprétation (sur ce point, voy. A. Strowel, *op. cit.*, p. 77).

(43) Cf. not. B. HUBO, « La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié. Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas », *Dr. Inform.*, 1986/3, pp. 151-157 ; A. Strowel et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, spéc. 338 et s. ; C. SCHOEMANN ET S. CAPIAU, « Le droit d'auteur du concepteur salarié ou non salarié d'un programme d'ordinateur », in *Droit de l'informatique : enjeux - Nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 119 et s. Le régime de droit commun reste d'ailleurs inchangé à cet égard. Il a du reste été consacré à l'article 3 § 3 de la nouvelle loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (*Mon. b.*, 27 juillet 1994, pp. 19297-19314).

jurisprudence française, par contre, a déjà eu à connaître, à plusieurs reprises, du problème relatif à la délimitation de l'exercice des fonctions de l'informaticien salarié (44). Elle semble s'orienter vers une délimitation assez large du domaine de l'exercice de la fonction.

Ainsi, un arrêt du T.G.I. de Paris du 14 avril 1988 (45) a attribué le droit d'auteur à l'entreprise bien que le salarié, qui avait la fonction de directeur informatique, ait allégué que l'idée de la conception d'un logiciel réalisé pendant sa période de salariat était en réalité antérieure à cette période.

Dans une autre décision (46), il est retenu, pour attribuer également le droit d'auteur sur le logiciel à l'employeur, que le salarié « en sa qualité de cadre de l'entreprise, était rémunéré forfaitairement, y compris pour le travail accompli à son domicile ». Cet argument est lapidaire et peut être contestable, mais on devine son esprit : le large degré d'initiative demandé aux créateurs de logiciels, l'autonomie relative qui leur est souvent reconnue et leur niveau de technicité impliquent une mission créatrice permanente dans l'exercice de leur fonction qui irait dans le sens d'une interprétation large de cet exercice.

Cela étant, c'est surtout dans le cas de créations *individuelles* que se pose la question de l'attribution des droits d'auteur, selon qu'elles ont été réalisées ou non dans l'exercice des fonctions de l'informaticien salarié. Dans toutes les situations où ce dernier est amené à contribuer à des oeuvres collectives, leur dévolution à l'employeur sera difficilement contestable.

Les juges belges s'inspireront utilement des critères forgés par la doctrine française aux fins de préciser le domaine des fonctions de l'employé. A en croire un auteur, « Le critère de finalité est le plus fort : si le contrat de travail a pour objet l'écriture de programme d'ordinateur, le programme d'ordinateur écrit par le programmeur appartient *ipso facto* à l'employeur. Le critère du lieu a son importance : un logiciel élaboré sur le lieu et pendant les heures de travail appartient à l'employeur sauf pour le salarié à prouver que le logiciel n'a pas été créé dans l'exercice des fonctions. Le critère des moyens n'est pas déterminant : si l'employeur a mis des moyens à la disposition du programmeur en dehors du lieu de travail, il lui appartient de prouver que ledit logiciel a été créé par le

(44) En droit français, l'article 45, al. 1 de la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle (*J.O.*, 4 juillet 1985 ; *J.C.P.*, 1985, III, 57400) - devenu l'article L. 113-9, al. 1 du nouveau code de la propriété intellectuelle (loi du 1er juillet 1992, *J.O.*, 3 juillet 1992, p. 8801) - dispose, en effet, que « Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs ».

(45) *P.I.B.D.*, 1988, III, 577.

(46) Paris, 29 octobre 1987, *Juris Data*, N° 2662.

programmeur dans l'exercice de ses fonctions. En conséquence, n'appartiennent sans contestation possible au salarié que les logiciels créés hors de l'entreprise, en dehors de ses fonctions et hors l'activité de l'entreprise » (47).

On note que le mécanisme de la présomption de cession des droits s'applique aussi aux travailleurs sous statut contrairement à ce que prévoyait la directive du 14 mai 1991 (48).

Enfin, si un programme est écrit par un indépendant travaillant pour une entreprise dans un régime d'appointements, nous sommes d'avis que tous les droits patrimoniaux sur le programme - y compris sur les sources - lui reviennent, les exceptions étant toujours d'interprétation restrictive. Il faut bien évidemment se reporter aux développements consacrés aux contrats de logiciels en ce qui concerne le régime de la communication des sources dans cette hypothèse.

**9. Conclusion.** - En pratique, la question de l'accès aux sources est trop souvent laissée au hasard par les parties alors que son enjeu peut s'avérer crucial dans certaines circonstances.

La jurisprudence a rarement eu l'occasion de formuler des solutions de principe, de portée générale, celles adoptées étant souvent étroitement tributaires des circonstances de chaque espèce. On peut néanmoins affirmer, sous réserve des nuances développées, qu'inspirée par la doctrine, elle s'oriente vers un droit d'accès aux sources dans le cas des logiciels sur mesure, tandis qu'elle tend à refuser la communication des sources des logiciels standard. En pratique, les choses sont toutefois moins tranchées. Il existe de nombreuses situations intermédiaires et il ne fait pas de doute que le juge usera largement de son pouvoir d'appréciation pour trouver une solution équitable dans chaque cas d'espèce.

Dans l'incertitude, rien n'est plus sûr que de régler cette question par des stipulations contractuelles *ad hoc*.

Le dépôt des sources auprès d'un tiers indépendant peut aussi, le cas échéant, constituer une solution satisfaisante, encore qu'il faille souligner la lourdeur de cette procédure.

(47) F. DUPUIS-TOUBOL, « Droits des employés, des interrogations », *Expertises*, N° 129, 1990, p. 206, cité par C. SCHOEMANN et S. CAPIAU, *op. cit.*, p. 143. Nous soulignons.

(48) Il ressort, en effet, de la rédaction de l'article 2.3 de la directive du 14 mai 1991 que seul le contrat d'emploi (Cf. en droit belge, l'article 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978) est visé par ce texte à l'exclusion des agents travaillant sous régime statutaire.