

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Code-source et contrats de logiciel

Lejeune, Bruno

Published in:
Droit de l'informatique

Publication date:
1986

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Lejeune, B 1986, 'Code-source et contrats de logiciel', *Droit de l'informatique* , numéro 1, pp. 2-9.

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.

Code-source et contrats de logiciel

B. LEJEUNE

L'auteur :

Bruno LEJEUNE, licencié en droit de l'Université Catholique de Louvain, est assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur. Il est également Secrétaire de rédaction des revues 'Droit de l'Informatique' et 'Computerrecht'.

Sommaire :

Introduction

Chapitre I. Les données du problème

Chapitre II. La pratique contractuelle classique

Section 1. Aperçu des clauses relatives au code-source

§ 1. Aucune mention spécifique du code-source dans le contrat

§ 2. Le code-source est remis au client

§ 3. Absence totale de communication du code-source

§ 4. Droit d'accès au code-source au profit du client

Section 2. Efficacité de ces clauses en cas d'arrêt de la maintenance

Chapitre III. Dépôt du code-source auprès d'un tiers

Section 1. Problèmes communs à tous les dépôts auprès d'un privé

§ 1. Nature juridique de la convention

§ 2. Objet du dépôt

§ 3. Circonstances permettant l'accès au code-source déposé

§ 4. Etendue du droit concédé

§ 5. Problème particulier de la faillite

Section 2. Dépôt notarié en Droit belge

§ 1. Définition du dépôt pour minute

§ 2. Objet du dépôt pour minute

§ 3. Effets du dépôt pour minute

§ 4. Mises à jour du code-source

Conclusion

Introduction

¹ La disponibilité du code-source d'un programme d'ordinateur est indispensable au suivi de tout équipement informatique.

Quels sont les contrats de logiciel entre fournisseurs et utilisateurs, réservent-ils au code-source?

Du transfert de propriété au client dès signature du contrat à l'absence de toute communication du code-source par le fournisseur, les solutions à cette question sont très diverses. Après examen des clauses de la pratique contractuelle, une de celles-ci retiendra plus particulièrement notre attention: le dépôt du code-source auprès d'un tiers.

Un tel dépôt est-il fréquent? Qui joue le rôle de dépositaire?

Quels sont les problèmes juridiques et pratiques soulevés à l'occasion de ce dépôt. Autant d'interrogations auxquelles

nous tâcherons d'apporter des réponses, principalement en Droit belge.

Chapitre I Les données du problème

² Le code-source ou programme source est celui qui est rédigé par un informaticien en langage de programmation symbolique (par exemple: Pascal, Cobol, Fortran...), compréhensible par l'homme. Ce programme, traduit par un compilateur en langage binaire sera transformé en code-objet ou programme objet qui sera compréhensible seulement par la machine et exécuté par celle-ci.

Un code-source peut se présenter sous différentes formes: support magnétique (bande ou disquettes), listing ou écrits réalisés par le programmeur.

Le code-source représente à la fois pour le créateur et pour l'utilisateur de celui-ci une très grande valeur.

D'une part, l'entreprise ou le particulier qui a conçu un programme d'ordinateur répugnera à divulguer les sources de celui-ci car elles recèlent de nombreuses astuces de programmation développées au sein de l'entreprise. Cette dernière désire, et, à juste titre, préserver ce know-how, fruit de toute une expérience et de coûteuses recherches.¹

D'autre part, afin de rester opérationnel et performant, un logiciel nécessite une constante maintenance.² La documentation du programme et plus spécialement le code-source permettent de comprendre et de modifier la structure et la logique du programme.³

Sans disponibilité du code-source, la maintenance devient donc impossible à réaliser⁴ et on comprend aisément l'importance du code-source pour le client.⁵

Une entreprise informatisée ne peut absolument pas se permettre d'être paralysée suite à une maintenance défectueuse.

³ La pratique contractuelle a cependant souvent obvié à ce conflit d'intérêts en y apportant une fausse solution de compromis.

Dans la majorité des cas, le fournisseur du logiciel s'engage par un autre contrat⁶ à assurer lui-même tout le suivi du logiciel fourni. Ainsi le souci majeur du client qui est la fonctionnalité de son système informatique et non la disposition comme telle du code-source, se trouve momentanément apaisé. Le fournisseur y trouve doublement son compte: il ne divulgue pas son code-source et se réserve l'exclusivité d'un contrat de maintenance.

Dès lors, que se passe-t-il lorsque le fournisseur n'est plus à même d'assurer la maintenance ou lorsqu'il se contente de livrer le logiciel sans prendre en charge la maintenance de celui-ci?

Avant d'analyser les conséquences de ces événements, il convient au préalable de passer en revue les clauses traitant du code-source dans un contrat de logiciel.

Chapitre II La pratique contractuelle classique

⁴ Les contrats de logiciel diffèrent suivant le type de programme, objet de la convention: progiciel, progiciel

adapté aux besoins du client, logiciel sur mesure et suivant la nature juridique du contrat: vente, location, contrat de services...⁷

Ces distinctions ne sont pas sans influence sur le sort du code-source.

Ainsi, on peut affirmer, sous réserve des nuances étudiées ci-dessous, que le code-source d'un progiciel ne sera que très rarement livré, alors que celui d'un logiciel sur mesure sera souvent communiqué au client.⁸

Examinons tout d'abord les clauses relatives au code-source (Section 1) et, ensuite, leur efficacité en cas d'arrêt de la maintenance (Section 2).

Section 1. Aperçu des clauses relatives au code-source

§ 1. Aucune mention spécifique du code-source dans le contrat

a. Contrat de progiciel

5 Un client qui acquiert sous licence un progiciel distribué à grande échelle ne paie qu'un coût peu élevé par rapport à l'ensemble des coûts de conception de ce progiciel. Il est donc conforme à l'économie d'un tel contrat que le fournisseur ne divulgue pas les sources de ce progiciel au client car elles représentent pour lui une grande valeur commerciale (*supra*, n° 2).

Ainsi cette absence de référence au code-source dans un tel contrat peut s'interpréter comme excluant la communication de ces sources au client.

De même, on peut raisonnablement exclure le code-source de la notion de 'documentation' mentionnée dans ce contrat.⁹

De plus, dans beaucoup de contrats, cette lacune n'est qu'apparente.

En effet, la clause qui décrit l'objet de la convention est ainsi libellée:

'Les programmes sous licence consistent en une série d'instructions lisibles en machine, fournies sous forme de code-objet, ainsi que la documentation s'y rattachant, telle que description détaillée, manuel d'utilisation, schémas et diagramme logique.'

Nous constatons que seul le code-objet est livré à l'exclusion du code-source.

b. Contrat de logiciel sur mesure

6 La question de savoir si, dans le silence de la convention, le fournisseur a l'obligation de livrer le code-source d'un programme écrit pour un client, reste controversée. Cependant, lorsqu'un client finance toute la création d'un logiciel destiné à répondre à ses besoins propres et en réclame les sources, la plupart des auteurs estiment qu'il est conforme à l'économie du système que le client y ait droit¹⁰ et que 'la délivrance doit s'entendre de la chose elle-même avec ses accessoires nécessaires et ce qui en permet l'usage'.¹¹

Ainsi le terme de 'documentation' repris dans ces contrats inclut toute la documentation afférente à ce logiciel, y compris le code-source.¹²

De plus, certains contrats de logiciel sur mesure (parfois même de progiciel) prévoient que le client a la faculté de modifier lui-même le programme fourni et qu'une telle modification diminue la responsabilité du fournisseur.

D'une telle clause, on peut déduire que la remise du code-source au client est obligatoirement sous-entendue dans la mesure où, précisément, la disposition de celui-ci est indispensable à toute modification.

§ 2. Le code-source est remis au client

a. Contrat de progiciel

7 Dans un tel contrat, ce n'est que très rarement que le fournisseur consentira à communiquer le code-source au client.

Une telle communication n'est jamais automatique. A preuve, les deux clauses trouvées à ce sujet:

'L'expression: programmes 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'.

et dans un autre contrat:

'Les programmes sources sont, dans la mesure de leur disponibilité, fournis à l'acheteur aux termes d'un contrat de licence séparé'.

Cette dernière clause est assez étonnante. Que signifie 'à mesure de leur disponibilité', quand on connaît la facilité de reproduction d'un code-source?

Qu'en est-il du contenu de cette 'licence séparée' et de son éventuelle dépendance avec le contrat de progiciel initial?

b. Le contrat de logiciel sur mesure

8 La clause suivante est assez courante:

'Le fournisseur fournira à l'utilisateur les programmes sources du logiciel qui ont été écrits pour lui ainsi que la documentation y afférente'.

Une telle clause est presque toujours nuancée par des réserves et restrictions de la part du fournisseur. Celles-ci ont trait aux droits intellectuels et au know-how intégrés dans les programmes développés par le fournisseur. Ce dernier désire pouvoir commercialiser d'autres produits créés sur base des idées et études utilisées lors de la création de ce logiciel.¹³

Le client, en l'absence de telles restrictions, pourrait se prétendre titulaire des droits de commercialisation et les revendiquer au fournisseur lorsque ce dernier commercialiserait des logiciels analogues.

De plus, une stricte obligation de secret et d'usage confidentiel des programmes fournis vient compléter les obligations du client:

'Le client ne peut reproduire le logiciel ou la documentation qui s'y rapporte que pour l'utiliser sur son équipement informatique; toute reproduction devra mentionner les droits intellectuels du fournisseur. Le client s'interdit de communiquer à des tiers tout ou partie du logiciel, la documentation s'y rapportant ou son contenu sans accord préalable écrit du fournisseur'.

§ 3. Absence totale de communication du code-source au client

9 Ce troisième cas est assez fréquent, surtout dans les contrats de progiciel (*supra*, n° 5). Qu'il assure ou non la maintenance du logiciel livré, le fournisseur stipule expressément qu'il n'en communiquera pas les sources au client.

Rappelons que la maintenance ne se conçoit pas de la

même manière s'il s'agit d'un progiciel ou d'un logiciel sur mesure.¹⁴

§ 4. Droit d'accès au code-source au profit du client

10 Certains contrats de progiciel ou de logiciel sur mesure prévoient que le code-source ne sera pas remis d'office au client et qu'il restera entre les mains du fournisseur. Un certain accès au code-source est néanmoins prévu. En cas d'arrêt de la maintenance, le fournisseur permettra la consultation de celui-ci dans ses locaux par le client ou, éventuellement, en remettra une copie au client.

Trois raisons expliquent cet arrêt: cessation volontaire de la maintenance par le fournisseur ou par le client¹⁵, cessation d'activités du fournisseur et faillite de ce dernier.

Ainsi deux clauses trouvées à ce sujet; la première stipule que:

'Le fournisseur fournira à la demande de l'utilisateur et sans frais, une copie du code-source relatif au progiciel en vigueur si, au moment de la demande, l'utilisateur n'est pas en défaut d'exécution et si une des situations suivantes est présente: fin de la maintenance du programme, le fournisseur est en cessation d'activités, le fournisseur fait l'objet d'une procédure de faillite'.

La seconde clause est tirée du contrat C.E.C.U.A.¹⁶ La version pour la Belgique de la clause 31 relative à la faillite prévoit que:

'31.1. Si le fournisseur est déclaré en faillite, ou obtient un concordat judiciaire ou, s'agissant d'une personne morale, si elle est mise en liquidation, sans que ce soit une liquidation en vue d'une reconstitution ou d'une fusion, le client peut choisir de mettre fin au contrat sur le champ en le notifiant par écrit au fournisseur ou à toute personne physique ou morale qui assume l'exécution du contrat. Le client peut aussi laisser à ces personnes la possibilité de continuer à exécuter le contrat en garantissant l'exécution fidèle de ce qui est prévu dans cette convention.

31.2. Si l'une des hypothèses visées dans la clause 31.1. se réalise, le fournisseur doit:

(i) tant qu'il en a légalement le droit, placer immédiatement en un endroit sûr, une copie des programmes sources et toute autre information ou documentation nécessaires à la maintenance du logiciel fourni. Au cas où le client a besoin des programmes sources pour faire fonctionner le matériel fourni et où il exerce son droit de résiliation prévu à la clause 31.1., ces clés d'accès et toute autre information ou documentation doivent être immédiatement remises au client sans frais ni charge.

(ii) si le client l'exige, lui fournir sans frais les schémas, les programmes sources et les modèles et caractéristiques des pièces détachées qui lui seront nécessaires pour assurer le fonctionnement satisfaisant du matériel'.

Section 2. Efficacité de ces clauses en cas d'arrêt de la maintenance

11 Il convient à présent de s'interroger sur les conséquences et l'efficacité de ces clauses relatives au code-source en cas d'arrêt de la maintenance.

Examinons tout d'abord le cas, assez simple, du contrat de logiciel entre utilisateur et fournisseur pour lequel aucune maintenance n'est assurée par le fournisseur. Dans cette hypothèse, le client, conscient de ce que le logiciel acquis ne sera pas maintenu par son auteur, se sera garanti la remise du code-source dès la signature du contrat.

Dans le cas contraire, le logiciel, s'il s'agit d'un logiciel sur mesure, deviendra rapidement 'mort' faute d'un entretien régulier.

L'autre hypothèse est celle de l'arrêt de la maintenance par le fournisseur qui s'en était initialement chargé.

Si le client dispose du code-source dès la signature du contrat, il sera à même de poursuivre la maintenance interrompue.¹⁷

Si, par contre, il n'en dispose pas, son système informatique risque de se trouver paralysé. Il n'aura d'autres ressources que de tenter d'obtenir le code-source du fournisseur, ce qui risque de lui être refusé ou de charger une autre S.S.C.I. de la maintenance, aventure extrêmement hasardeuse et très coûteuse.¹⁸

Enfin, si le client s'est réservé un certain accès au code-source en cas de défaillance du fournisseur, la réponse à apporter est plus délicate (*supra*, n° 10).

12 Reprenons les trois circonstances qui ouvrent le droit d'accès pour le client.

a. En cas de *cessation de maintenance* par le fournisseur ou par le client, dans la mesure où aucune faute ne peut leur être reprochée, le fournisseur a l'obligation contractuelle de fournir une copie du code-source.

Ceci ne semble poser aucun problème particulier, encore qu'une telle demande sera parfois mal accueillie par le fournisseur qui objectera peut-être à tort ou à raison, une faute dans le chef du client. Le client risque alors d'être entraîné dans une longue procédure judiciaire.

b. Si le fournisseur *cesse ses activités*, il est probable qu'il ne fera pas de difficulté à accéder à la demande du client. Par définition, aucune faute n'est à reprocher à ce dernier et il serait injuste que le fournisseur refuse de remettre le code-source alors qu'il en a toujours légalement le droit.

c. En cas de *faillite du fournisseur*, tel n'est plus le cas. La clause perd-elle alors son efficacité?¹⁹

Envisageons plusieurs possibilités selon le type de droit concédé sur le code-source (droit de propriété ou simple droit d'utilisation (*infra*, n° 19) et selon le moment de la remise (pendant la période suspecte ou après la déclaration de faillite).

Examinons tout d'abord le cas où le contrat de logiciel prévoit que le fournisseur, s'il pressent sa faillite imminente, devra remettre le code-source au client.

Une telle remise tombe-t-elle sous le coup des articles 445 et 446 du Code de commerce sur la faillite (inopposabilité des paiements faits en période suspecte)?

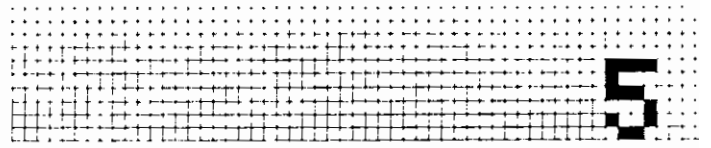
Quelque soit le droit concédé sur le code-source, l'article 445 (inopposabilité de droit) n'est pas d'application. En effet, cet article vise les paiements anormaux et la remise dont il est ici question n'est que l'exécution régulière d'un contrat valablement conclu avant la période suspecte.²⁰

Quant à l'article 446 (inopposabilité facultatives), il n'est pas non plus d'application lorsque le droit concédé sur le code-source est un simple droit d'utilisation. En effet, un tel droit ne préjudicie en rien la masse. Par contre, si la propriété du code-source est transférée au client, cet article risque d'empêcher ce transfert de propriété. En effet, le curateur, s'il estime que cela préjudicie la masse, pourrait en demander l'annulation.

La seconde hypothèse qui prévoit que le fournisseur, une fois déclaré en faillite, doit remettre le code-source au client est absurde.

Au jour de la faillite, le fournisseur est totalement démuné de tous ses biens et il ne peut effectuer un tel acte de remise (article 444 du Code de commerce).

Le curateur peut-il alors remettre lui-même le code-source au client, en lieu et place du failli?



Le contrat de maintenance, interrompu par la faillite du fournisseur, subira le sort des contrats en cours. Le curateur décidera soit de le poursuivre, soit de l'abandonner. Comme il est probable que le curateur renoncera à ce contrat et, dans l'hypothèse où un simple droit d'utilisation est concédé, il permettra vraisemblablement au client d'accéder à ce code-source aux fins de maintenance.

Par contre, dans l'hypothèse où la clause prévoit le transfert de propriété du code-source au client, le curateur refusera sans doute un tel transfert car il porte atteinte à la masse et préjudicie les créanciers (voir *infra*, n° 19).

Enfin, il reste à s'interroger sur le sens de la version belge de la clause 31 du contrat C.E.C.U.A. et spécialement de la phrase 'tant qu'il en a légalement le droit'.

Lorsque cette clause traite spécifiquement de la faillite, sa rédaction est défectueuse car il est stipulé que la condition de cette remise est la déclaration de faillite du fournisseur. A ce moment, ce dernier n'a plus légalement le droit d'effectuer un tel acte.

Par contre, cette phrase signifie que la remise doit s'opérer en dehors de toute période suspecte, donc plusieurs mois avant la déclaration de faillite, le fournisseur ignore alors sa situation future et la clause perd tout son sens.

Cet examen des diverses clauses et des solutions, parfois inadéquates, qu'elles apportent au client poussent certaines parties à rechercher un autre mode de protection: le dépôt du code-source auprès d'un tiers.

Chapitre III Dépôt du code-source auprès d'un tiers

13 Le contrat de logiciel initial prévoit que le code-source sera déposé, dès signature du contrat, par le fournisseur auprès d'un tiers agréé par les parties. Si certains événements définis au contrat viennent à se réaliser, ce tiers remettra les sources au client.²¹

Cette pratique existe depuis longtemps dans les pays Anglo-Saxons où elle est fort répandue sous le nom de 'Source code escrow'.²²

Le dépôt y est effectué auprès de sociétés constituées à cet effet, et fait l'objet de très nombreuses clauses dans le contrat de logiciel.

En Europe Continentale, cette pratique commence à se répandre et le tiers dépositaire est une personne privée ou une société²³ dans laquelle les parties ont une confiance particulière. Ce tiers est parfois un notaire qui incarne pour les parties la continuité et le sérieux (voir *infra*, n° 22 et s.). Ainsi, il n'est pas rare de trouver une telle clause:

'Les sources ne sont pas mises à la disposition du client, le fournisseur s'engage à les déposer chez X.

Lors de chaque modification fondamentale des programmes, une version actualisée sera remise chez X. Le fournisseur autorise expressément X à remettre au client la dernière version des sources déposées dans les cas suivants: arrêt de la maintenance par le fournisseur, cessation d'activités ou faillite du fournisseur'.

Une telle disposition, dont il existe plusieurs variantes, semble apporter une solution satisfaisante à l'utilisateur et au fournisseur. Cependant, divers problèmes subsistent. Certains de ceux-ci sont communs à tous les dépôts effectués

auprès d'une personne ou d'un organisme privé, d'autres sont spécifiques à la fonction d'officier public que remplit le notaire.

Section 1. Problèmes communs à tous les dépôts auprès d'un privé

§ 1. Nature juridique de la convention

14 Le contrat par lequel le fournisseur déposant remet le code-source à un tiers dépositaire, à charge pour lui de le garder et de le remettre dans certains cas au client, est un contrat de dépôt volontaire²⁴, réglé aux articles 1915 et s du Code civil. L'article 1937 prévoit même que le dépositaire peut restituer la chose à celui 'qui a été indiqué pour la recevoir'.

En l'occurrence, il s'agira du client ou du mandataire de celui-ci et non du déposant. Ainsi, la particularité de ce dépôt est qu'il est complété par une stipulation pour autrui (article 1121 du C.C.). Cette stipulation est cependant assortie d'une condition suspensive: le client, tiers au contrat de dépôt, ne bénéficiera de la restitution de la chose que si certaines circonstances viennent à se réaliser. Une obligation de confidentialité, à charge du dépositaire, complète utilement cette construction juridique afin d'éviter toute indiscrétion relative au contenu du code-source²⁵

§ 2. Objet du dépôt

15 Nous avons vu que le code-source peut se présenter sous différentes formes (*supra*, n° 2). La forme sous laquelle il est déposé importe peu, encore qu'à l'heure actuelle, les écrits ou listings se conservent partout, sans faire l'objet de soins particuliers, ce qui n'est pas le cas des supports magnétiques.

Signalons également que l'obligation du fournisseur ne s'épuise pas par la remise d'un unique objet au dépositaire, les mises à jour (releases) doivent régulièrement lui être envoyées.

Le dépositaire ne doit vérifier lui-même que la matérialité du dépôt (le fait matériel du dépôt) et non le contenu de celui-ci (s'agit-il bien du code-source d'un tel logiciel?).²⁶ Par contre, le client désirera contrôler le contenu du dépôt. S'il ne peut le faire, soit, parce qu'il ignore tout de l'informatique, soit, parce que le fournisseur l'en empêche, il exigera peut-être une expertise préalable par un tiers. Ceci est souhaitable, mais alourdit considérablement la procédure.²⁷

§ 3. Circonstances permettant au client d'accéder au code-source déposé

16 Ces trois circonstances ont déjà été rencontrées précédemment (*supra*, n° 12). Une de celles-ci, la faillite du fournisseur, sera étudiée au paragraphe 5 (*infra*, n° 19). La notion de 'cessation de la maintenance' recouvre quatre hypothèses distinctes: cessation suite à une faute du fournisseur (a) ou du client (b) et cessation par le fournisseur (c) ou par le client (d) sans faute de leur part.

L'hypothèse (b) est irréaliste: jamais le fournisseur n'acceptera que le client puisse disposer du code-source si la maintenance est interrompue suite à une faute du client. L'hypothèse (d) pourtant essentielle à l'indépendance du client, ne se rencontre pas fréquemment dans les contrats. Le fournisseur accepte difficilement que le client, lié avec

lui par un contrat de maintenance, dispose du code-source lorsque le client met fin, régulièrement, à ce contrat. En effet, le fournisseur peut très bien exécuter correctement ses obligations sans pour autant apporter pleine satisfaction au client.

Les hypothèses (a) et (c) sont assez courantes: lorsque le fournisseur n'est plus à même d'assurer la maintenance, le client a alors accès au code-source déposé.

Ce même droit sera également reconnu au client en cas de cessation d'activités du fournisseur.

17 Si, dans un contrat, la définition de ces circonstances ne pose aucune difficulté, la preuve de celles-ci reste un problème majeur.

Il est, en effet, indispensable de prévoir contractuellement un mode sûr et adéquat de preuve afin d'éviter tout abus du client, toute réticence du fournisseur et de décharger le dépositaire de son dépôt.

En cas d'arrêt de la maintenance par le client sans faute de sa part (d), la preuve à apporter pourrait être une lettre du fournisseur au dépositaire lui signalant ce fait. Certes, le fournisseur, bien qu'il se sait engagé contractuellement, répugnera à écrire une telle lettre et à perdre de la sorte le profit de la maintenance (*supra*, n° 12 a).²⁸

Lorsque le fournisseur prend l'initiative de mettre fin, de façon régulière, à la maintenance (c), il serait malvenu de contester le droit d'accès au code-source.

Dès lors, une lettre du fournisseur au dépositaire par laquelle il reconnaît ne plus assurer la maintenance devrait suffire. Un tel procédé vaut également en cas de cessation d'activités du fournisseur.

L'hypothèse (a) nécessite par contre un mode de preuve plus adéquat; le client n'obtiendra jamais une lettre du fournisseur par laquelle ce dernier se reconnaît en faute. Cette preuve pourrait être une ordonnance en référé du Président du tribunal de commerce ou une décision d'un arbitre nommé à cet effet qui, sans se prononcer au fond, permettrait au client d'accéder au code-source. L'équipement informatique du client ne peut en effet être paralysé trop longtemps, quitte, par la suite, à ce que l'affaire soit tranchée au fond.

En cas de faillite, la preuve à apporter serait le jugement déclaratif de faillite.

§ 4. Etendue du droit concédé

18 Une fois acquis le droit d'accès au code-source déposé, quel droit l'utilisateur se verra-t-il reconnaître sur l'objet du dépôt?

Les clauses rencontrées sont souvent mal formulées et ambiguës.

Que signifie 'Le dépositaire remettra au client...', 'Le client prendra possession chez le dépositaire...', 'Le client pourra consulter le code-source chez le dépositaire...?'

En fait, il s'agira soit d'un droit de consultation dans les locaux du dépositaire qui ne se dessaisira pas de la chose²⁹, soit de l'envoi d'une copie de ce code-source déposé³⁰, soit enfin de la remise de ce code-source déposé.

Quant aux droits concédés sur le code-source, il s'agira soit du droit de propriété, soit du simple droit d'utilisation, le fournisseur restant seul propriétaire.

Ces deux droits seront souvent assortis de réserves et d'une obligation de confidentialité à charge du client (*supra*, n° 8). Le client devra également imposer la confidentialité à l'entreprise qui poursuivra la maintenance interrompue.

Si la distinction entre droit de propriété et droit d'utilisation est primordiale aux yeux du fournisseur, elle est en revanche indifférente pour le client. En effet, son besoin de consultation et d'usage du code-source sera satisfait dans un cas comme dans l'autre.

Cette distinction prend cependant un caractère particulier en cas de faillite.

§ 5. La faillite

19 Une des circonstances permettant au client d'accéder au code-source est la faillite du fournisseur. Un tel droit ne risque-t-il pas toutefois d'être tenu en échec par les règles d'ordre public de la faillite?

La clause qui prévoit qu'en cas de faillite, la propriété du code-source sera transférée au client est-elle licite? Le fournisseur déclaré en faillite n'est-il pas dessaisi de l'administration de ses biens et un tel transfert de propriété n'est-il pas nul (article 444 C. Com.)?

On pourrait objecter que l'effet rétroactif de la condition suspensive rend le client propriétaire du code-source dès la signature du contrat de dépôt. Un tel raisonnement risque néanmoins de se heurter aux principes de l'ordre public de la faillite.³¹

Si un tel transfert est nul, le code-source déposé chez un tiers appartient au fournisseur failli et le curateur demandera alors son retour à la masse. Le client perd ainsi toute chance de disposer du code-source.

Mais, à estimer que l'effet rétroactif ne va pas à l'encontre des principes de la faillite, le client deviendra alors propriétaire du code-source.

Dans ce cas, le curateur, pour empêcher le transfert, peut encore contester la date du contrat de dépôt et prétendre qu'il a été conclu pendant la période suspecte et donc en demander l'annulation conformément aux articles 445-446 du C. Com.³² En effet, il peut estimer qu'un tel dépôt, avec stipulation pour autrui préjudicie les droits de la masse, le code-source représentant une valeur patrimoniale au sein de l'entreprise du fournisseur.

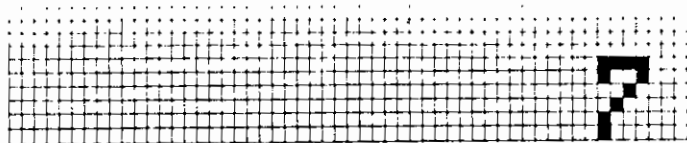
Afin d'éviter tout problème de preuve, il est préférable de faire enregistrer le contrat de dépôt dès sa signature pour lui donner date certaine.

20 Le problème est très différent lorsque le contrat de dépôt prévoit non pas un transfert de propriété mais un simple droit d'utilisation au profit du client.

Que devient ce droit lorsque la faillite est déclarée? Le client peut-il alors en jouir, ou au contraire le curateur peut-il s'y opposer?

Le curateur qui reprend les droits et obligations du failli respectera probablement le dépôt fait par ce dernier et le dépositaire permettra au client d'user de son droit d'utilisation, dans les conditions prévues au contrat. En effet, il n'y a pas de raison pour que le curateur s'oppose à un tel droit régulièrement prévu dans un contrat passé 'in tempore non suspecto' et qui ne porte pas préjudice à la masse.

21 Enfin, afin d'éviter les aléas de la faillite du fournisseur, il reste aux parties une dernière solution contractuelle. A la conclusion du contrat de logiciel, le fournisseur transfère immédiatement, avec les restrictions habituelles, (*supra*, n° 8), la propriété du code-source au client. Ce dernier, afin de sauvegarder les intérêts du fournisseur, dépose ce code-source auprès d'un tiers, sans en prendre connaissance.³³ Le client s'engage dans les contrats de logiciel et de dépôt



à ne demander la remise du code-source au dépositaire que dans les cas prévus à ces contrats. La faillite du fournisseur qui est un tiers au contrat de dépôt et qui n'est plus propriétaire du code-source n'empêchera pas la remise de celui-ci au client. En cas de violation de ses obligations par le client ou par le dépositaire, le fournisseur ne pourra s'en prendre qu'au client, le dépositaire n'étant lié au fournisseur par aucune obligation. Une telle pratique requiert un excellent climat de confiance entre les trois parties et un contrôle du fournisseur sur le contenu du contrat de dépôt.

Section 2. Le dépôt notarié en Droit belge

22 Mentionnons tout d'abord que les observations faites au paragraphe 3 (circonstances ouvrant le droit d'accès au client) et paragraphe 5 (la faillite) de la section précédente, valent également pour ce type de dépôt.

Certaines clauses mentionnent parfois le notaire comme s dépositaire. Elles ne précisent toutefois pas le type de dépôt dont il est question.

Or, un notaire est habilité à recevoir deux sortes de dépôt: le dépôt de confiance, et le dépôt pour minute.

'Le dépôt de confiance est celui qui est fait chez un notaire, non pas en sa qualité de fonctionnaire public mais comme à une personne privée'.³⁴ L'exemple classique d'un tel dépôt est celui du testament olographe remis au notaire du vivant du testateur. Il est cependant possible que d'autres biens, dont le code-source, fassent l'objet d'un tel dépôt.³⁵ Ce dépôt de confiance obéit aux règles traditionnelles du droit civil et non à celles du droit notarial. Il présente les mêmes avantages et inconvénients d'un dépôt fait chez un quelconque tiers (*supra*, Section 1).

Le dépôt notarié qui retiendra notre attention est le dépôt pour minute. Un code-source peut-il en faire l'objet? Et si oui, quel intérêt les parties poursuivent-elles par un tel dépôt?

§ 1. Définition du dépôt pour minute

Le dépôt de pièces ou la remise pour minute est l'acte par lequel on déclare apporter à un notaire, agissant en qualité de fonctionnaire public, telle pièce pour être déposée au rang de ses minutes afin qu'il puisse en délivrer des copies, des extraits et même des grosses s'il y a lieu.³⁶ Cet acte est régi par la loi du 25 ventôse An XI sur le Notariat.

§ 2. Objet du dépôt pour minute

24 L'article 1 de la loi du 25 ventôse An XI vise 'les actes et les contrats' auxquels les parties veulent conférer authenticité et date certaine.

Il est cependant admis, mais ce principe est dépourvu de base légale, que le dépôt pour minute reste possible pour des pièces autres que 'les actes et les contrats'.³⁷ Dans ce cas, le but recherché n'est pas l'authenticité donnée à la pièce déposée (*infra*, n^{os} 28 et 29). Ainsi des documents aussi étonnants que des recettes de cuisine ou des plans de mines d'or ont été déposés au rang des minutes de notaires.³⁸

Rien ne s'opposerait donc au dépôt pour minute d'un code-source.

25 La question de savoir si le notaire peut recevoir en

dépôt, afin d'en dresser acte, des pièces dont il ne connaît ou ne peut comprendre le contenu, est controversée. On évoque à ce propos les pièces remises sous enveloppe cachetée et celles écrites en langue étrangère inconnue du notaire.

Une partie de la doctrine³⁹ exige que le notaire prenne personnellement connaissance de la pièce déposée et que la description en soit faite dans l'acte. Pour le cas de l'enveloppe cachetée, la raison en est purement fiscale: l'administration des finances craint qu'elle ne recèle une fraude fiscale.⁴⁰

En ce qui concerne la pièce en langue étrangère, celle-ci peut faire l'objet d'un dépôt mais à la condition expresse qu'elle soit traduite par un traducteur juré; cette traduction sera jointe à l'acte.

Une certaine comparaison de ces hypothèses peut être faite avec le code-source. Celui-ci est rédigé dans un langage de programmation, langue étrangère inconnue du notaire (première hypothèse) et le notaire ne peut en prendre connaissance, ce qui est également le cas de l'enveloppe cachetée (seconde hypothèse).

L'objection faite au dépôt d'un pli cacheté n'est pas pertinente, un code-source recèlera rarement une fraude fiscale! Quel est le sens donné au terme 'connaissance du notaire'? En réalité, le notaire se contentera d'acter la déclaration des parties qui certifieront qu'il s'agit bien du code-source de tel logiciel.

Il ne vérifiera pas lui-même la correspondance de ce langage de programmation avec la déclaration des parties.⁴¹ Il constatera seulement qu'il s'agit bien d'un écrit⁴² comportant des instructions symboliques. Afin de dégager sa responsabilité et d'engager celle des parties, il fera parapher chaque page du code-source par celles-ci.

Cette solution peut cependant être discutée et si le notaire hésite à agir de la sorte, il pourra demander à un informaticien une expertise certifiant l'exactitude de la déclaration des parties. Expertise qu'il joindra à l'acte de dépôt.

§ 3. Effets du dépôt pour minute

26 Les effets de ce dépôt sont triples:

1. La garde: le notaire rangera l'acte parmi ses minutes et ne pourra ni s'en dessaisir ni le communiquer si ce n'est dans les cas prévus aux articles 22 et 23 de la loi de ventôse;
2. La communication: le notaire pourra délivrer des copies de l'acte déposé;
3. La date certaine: le dépôt au rang des minutes confère date certaine à l'acte déposé.

Concrètement en cas de dépôt d'un code-source, que signifient ces trois effets?

Nous n'insisterons pas sur la date certaine conférée à l'acte de dépôt.

Rappelons que celle-ci sera très utile en cas de faillite, lors d'un éventuel conflit quant à la date du dépôt.

De même, la question de savoir si le code-source acquiert ou non l'authenticité du fait de son dépôt n'est pas pertinente. L'unique but des parties est le dépôt en lieu sûr d'une pièce importante à leurs yeux et non l'authenticité de celle-ci.⁴³

Seul l'article 22 de la loi de ventôse pose problème; il dispose en effet que 'Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute...'

Or, le contrat prévoit que le code-source sera déposé chez un notaire afin que ce dernier s'en dessaisisse et le remette au client.

Cet article 22 rend, à première lecture, impossible ce dépôt notarié du code-source.

27 En pratique cependant, on dépose souvent auprès des notaires des pièces qui sont destinées à être retirées plus tard. Le déposant peut donc se réserver dans l'acte un droit de retrait. De plus, lorsque le dépôt est fait dans le seul but d'en assurer la conservation, l'objet déposé ne devient pas authentique. Seul l'acte du dépôt lui-même doit être conservé par le notaire au rang de ses minutes mais non la pièce déposée. Rien ne s'oppose donc à ce que le déposant prévoie un droit de retrait au profit d'un tiers dans certaines circonstances.⁴⁴

Toutefois, puisque la Doctrine n'est pas encore fixée sur ce point, il se peut que le notaire, par prudence, refuse un tel retrait. Il reste alors aux parties une dernière solution. Celle-ci consiste à faire simplement application des articles 21 et 23 de la loi de ventôse qui stipulent que le notaire pourra délivrer copie d'un acte déposé pour minute (article 21) ou donner communication à certaines personnes et sous certaines conditions (article 23).⁴⁵

Le contrat initial prévoiera donc que le notaire devra non pas remettre le code-source mais en donner copie.

§ 4. Mises à jour du code-source

28 Un logiciel fait l'objet de la part de son auteur de constantes améliorations et adaptations (releases). Il est donc normal que le client en profite. Le fournisseur devra donc régulièrement apporter en dépôt les dernières mises à jour du code-source. A chaque nouveau dépôt, un nouvel acte notarié sera donc nécessaire.

Les parties devront donc prévoir dans l'acte initial que le fournisseur apportera régulièrement les mises à jour et que ces futurs dépôts obéiront aux mêmes conditions que celles du dépôt initial.

Cette exigence rend cependant le dépôt plus complexe et plus lourd.

Conclusion

29 Au terme de cette étude sur le sort réservé au code-source dans les contrats de logiciel, quelques brèves observations s'imposent.

Il est assez surprenant de constater que peu de conventions se soucient du sort de cet élément pourtant essentiel.

Et, lorsque des clauses réglementent cette question, on ne peut que déplorer la brièveté et l'imprécision de celles-ci. Nous avons dégagé, tout au long de ce travail, de nombreuses solutions qu'apportent le Droit et une certaine pratique. Face à cet éventail de possibilités, les parties devraient apporter à ce problème une réponse adéquate, conforme à l'économie de leur contrat et qui tienne compte des interrogations soulevées.

NOTES

Nous remercions Monsieur P. PROESMANS, Notaire à Gembloux et Monsieur P. VAN OEN EYNDE, Assistant en Notariat à l'Université Catholique de Louvain pour leurs précieux avis concernant la partie de cette étude relative au dépôt notarié.

1. En effet, le créateur de logiciels, en permettant l'accès aux sources de ceux-ci, court le risque d'être copié. Le 'piratage' à partir du code-objet est également possible et même très fréquent. La disposition des sources permet cependant au copieur une meilleure connaissance du programme et lui évite un copiage servile facilement détectable.

2. La 'maintenance' recouvre deux réalités: le debugging ou suppression des erreurs (maintenance correction) et la mise à jour (maintenance adaptation).

Un logiciel sur mesure répondant à des besoins spécifiques nécessite une constante maintenance alors qu'un progiciel commercialisé en grand nombre ne doit pas être amélioré régulièrement. Il ne comporte normalement plus d'erreurs et le fournisseur se contentera de mettre sur le marché, après un certain temps, une nouvelle version de ce progiciel.

3. Les notions de 'documentation' et de 'code-source' reprises dans les contrats ne se recouvrent pas toujours. Dans certains contrats, le code-source est explicitement inclus dans la définition de la documentation, dans d'autres il ne l'est pas, et une clause différente en traite.

Enfin, lorsque le contrat ne fait aucune mention du code-source, la question de savoir si ce dernier est ou non compris dans la documentation est souvent discutée (voir nos 5 et 6).

4. Elle reste théoriquement réalisable, mais nécessite un travail extrêmement ardu et long d'informaticiens qui, n'étant pas créateurs du programme, doivent à partir du langage binaire retrouver le code-source.

5. En France, il existe une autre raison d'obtenir l'accès au code-source. Lorsque la comptabilité est faite par ordinateur, l'administration peut réclamer, aux fins de vérification, les programmes et la documentation y afférente. Voir à ce sujet BERTRAND, A., *Le droit d'accès aux programmes sources*, *Expertises*, 1985, n° 70, p. 44.

6. Cette pratique très répandue dite de l' 'unbundling' consiste à conclure autant de contrats qu'il y a de prestations. Pour plus de détails, voir POULLET, Y., *Les problèmes juridiques particuliers nés de la multiplicité des prestataires*, in *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 119 et s.

7. Pour une étude complète des divers contrats de logiciels, voir LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., *Les contrats informatiques*, Paris, Ed. Delmas, 1984; DUBARRY, J.-C., *Les obligations du fournisseur et de l'utilisateur en matière de contrats de logiciel dans la jurisprudence française*, *Droit de l'informatique*, 1984, n° 3, p. 2 et s.

8. Pour la question plus large des droits de chaque partie sur le logiciel voir HANOTIAU, B., *La propriété du logiciel sur mesure: les droits respectifs de chaque partie sur l'objet et les sources*, *Droit de l'Informatique*, 1984, n° 1, p. 27 et s.

9. Voir notre remarque en note 3.

10. LUCAS, A., *L'informatique et le Droit Commercial*, Actes du colloque de l'Association 'Droit et Commerce', Paris, 1979, p. 489 et s.

11. Paris, 3ème Ch., 10 décembre 1976, Paris, 23ème Ch., 10 décembre 1976, arrêts inédits cités par DE LAMBERTERIE, I., *La responsabilité du fournisseur de prestations informatiques*, *Rev. Jur. Comm.*, 1979, p. 465. Voyez également la jurisprudence citée par DUBARRY, J.-C., *o.c.*, et Paris, 9 janvier 1985, *Expertises*, 1985, n° 71, p. 71.

12. Voir notre remarque en note 3.

13. Une telle clause est également présente dans les contrats de progiciel lorsque le fournisseur consent à en livrer le code-source.

14. Voir nos observations en note 2.

15. Le client peut désirer mettre fin à son contrat de maintenance car ce contrat peut ne pas lui apporter toute satisfaction ou parce qu'il complète son équipement informatique en s'approvisionnant près d'un autre fournisseur. Ce dernier peut également désirer

rompre ce contrat parce qu'il ne lui rapporte pas assez ou parce que les prétentions du client sont trop élevées ou enfin parce qu'il abandonne la distribution de ce logiciel.

16. Groupe de travail juridique de la C.E.C.U.A., *Clauses contractuelles pour l'achat d'un système informatique*, Computer Organ Inform, Bruxelles, 1983, p. 37.

17. Le client s'adresse alors à une autre S.S.C.I. Rappelons cependant que la disposition de toute la documentation est nécessaire à la maintenance; de plus la compréhension d'un programme par une personne autre que son auteur reste une opération délicate.

18. Voir nos observations en note 4.

19. L'hypothèse de la faillite sera également analysée dans la partie consacrée au dépôt. Il est ici question du droit commercial belge; des principes assez similaires avec toutefois des nuances essentielles régissent le droit de la faillite en France et aux Pays-Bas.

20. MEASCH, M., *La période suspecte*, in *Les créanciers et de droit de la faillite* — Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, E. Bruylant, 1983, p. 645.

21. Certains contrats prévoient que le dépôt doit être fait lorsque ces événements surviennent ou risquent de se réaliser. En cas de fraude, une telle pratique est à déconseiller pour des raisons d'opposabilité à la masse (voir n° 19).

22. SCOTT, M., *Computer Law*, New York, John Wiley, 1984, paragraphe 6.29; REMER, D., *Legal Care for your Software*, Berkeley, Gower, 1982, p. 116.

23. Il existe en France une association, l'Agence pour la Protection des programmes', qui vise essentiellement le dépôt des programmes par leur créateur afin d'en empêcher le 'piratage'. Un article de son statut prévoit cependant le cas particulier de la remise du code-source à l'utilisateur du programme.

24. Il ne s'agit bien sûr pas du dépôt nécessaire ni même du séquestre (article 1956 C.C.) qui suppose une chose 'contentueuse'. Bien que les parties aient le droit de mettre sous séquestre un bien, en l'absence de toute contestation, il faut néanmoins que les droits de propriété sur cette chose ne soient pas clairement pas définis (R.P.D.B., v° Dépôt-Séquestre, Bruxelles, E. Bruylant, p. 649 et s.).

Or, dans notre cas, le fournisseur reste le plus souvent propriétaire du code-source. S'il ne l'était pas, un tel séquestre serait alors possible.

25. L'article 1931 du C.C. impose bien une telle obligation de secret, mais seulement dans l'hypothèse où la chose a été déposée sous pli cacheté.

26. Cette question prend toute son importance en cas de dépôt pour minute (voir n° 25).

27. DE LHOPEM, E., *Le support du fournisseur*, in *Le droit des contrats informatiques*, o.c., p. 220.

28. Afin de parer à une éventuelle réticence ou mauvaise foi du fournisseur, il serait préférable de prévoir, à défaut d'une lettre de celui-ci, une décision d'un arbitre ou un constat d'huissier.

29. Cette solution est assez malaisée: on imagine mal des techniciens chargés de la maintenance d'un équipement informatique se rendre chez le dépositaire pour y consulter le code-source.

30. Encore faut-il que le dépositaire dispose des moyens de reproduction de ce code-source!

31. Il n'existe aucun article du Code de commerce ni de décision traitant spécifiquement de ce problème.

Cependant lorsqu'un contrat est conclu sous condition résolutoire de la faillite, cette condition n'est valable que si elle ne va pas à l'encontre d'une loi d'ordre public (COPPENS, P., *Cours de droit commercial, Faillite et Concordats*, 4ème Vol., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1981, p. 575). Un raisonnement a pari sur le sort réservé à cette condition résolutoire et à celui de la condition suspensive de même que des principes tels que l'égalité des créanciers ou le dessaisissement du failli risque de mettre à néant cet effet rétroactif.

32. La notion de paiement reprise à l'article 446 du C. com. vise: 'ce qui devrait être presté, toute fourniture de l'objet de la convention', (CLOUET, A., *Les concordats et les faillites, Les Nouvelles, Droit Commercial*, tome IV, Larcier, 1975, p. 105).

33. Le fournisseur peut remettre un pli scellé au client ou, sans se dessaisir du code-source, le remettre lui-même au dépositaire, agissant alors comme mandataire du client, véritable déposant.

34. SCHICKS, A., *Traité formulaire de la pratique notariale*, Tome 1er, *Le droit notarial*, Louvain, R. Fonteyn, 1924, p. 345.

35. WATELET, P., *La rédaction des actes notariés*, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 143

36. SCHICKS, A., o.c., p. 338.

37. Voir à ce sujet la très intéressante étude de Lorette ROUSSEAU, *Le retrait de pièces*, *Rev. prat. droit notarial*, avril 1985, p. 116 et s.

38. Voir les exemples cités par ROUSSEAU, L., o.c., p. 168.

39. DE VILLARGUES, R., *Dictionnaire du Notariat*, Bruxelles, 1848, v° dépôt de pièces, n° 5.

40. En effet, une telle enveloppe peut renfermer des conventions entre parties qui devraient être enregistrées.

41. Une comparaison peut être faite en ce qui concerne l'obligation de déposer le plan financier chez un notaire avant la constitution d'une S.A. ou d'une S.P.R.L. Le notaire vérifiera rarement si ce plan est correctement établi et s'il correspond bien à la constitution d'une telle société.

42. Le code-source qui peut se présenter sous diverses formes (voir n° 2) devra, pour ce motif, être déposé sous forme d'écrits ou de listings.

43. Le dépôt du code-source ou du logiciel auprès d'un notaire peut également être envisagé à des fins de protection. Le créateur qui craint d'être copié peut déposer son logiciel auprès d'un notaire afin de lui conférer date certaine et, éventuellement, caractère authentique: attributs qui lui seront très utiles en cas de litige avec un 'pirate' afin de prouver l'antériorité de son droit.

Pour plus de détails concernant la date certaine, voyez ROUSSEAU, L., o.c., p. 171 et s. et, concernant l'authenticité DEMBLON, J., *L'acte notarié*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1982, p. 136 et s.; du même auteur, *Pratique notariale: authenticité de l'acte notarié, de l'annexe, de la référence*, *Rev. Not. B.*, sept. 1979, p. 473 et s.; DUFAUX, J., *Annexe de l'acte notarié — conditions d'authenticité — application en matière d'actes de société*, *Rev. Not. B.*, juin 1983, p. 282 et s.

44. ROUSSEAU, L., o.c., p. 173.

45. Voir nos observations en notes 30 et 42. Cette délivrance de copies impose également que le code-source soit déposé sous forme d'écrits ou de listings et non sous forme magnétique. S'il l'était, le notaire ne pourrait en délivrer de copies que s'il possède lui-même un équipement informatique compatible.