

4 Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. La clause d'accès aux codes sources



Yves BISMUTH,
avocats associés,
Cabinet Bismuth



Mathieu MARTIN,
avocats associés, Cabinet
Bismuth

CONTEXTE

Dans l'euphorie de la négociation d'un nouveau projet que l'on souhaite voir aboutir, il est toujours difficile de négocier les conséquences de l'échec de son projet ou de la défaillance de son prestataire.

Néanmoins, la clause d'accès aux codes sources, clause primordiale pour assurer la pérennité de la solution logicielle, ne doit pas être appréhendée par défaut et il ne conviendrait pas de croire que le simple dépôt chez un tiers des codes sources serait à même de préserver les intérêts du client.

Rappelons tout d'abord que le code source du logiciel peut se définir comme étant les instructions textuelles écrites d'un programme d'ordinateur compréhensible par l'homme. Si le logiciel, objet de ce programme d'ordinateur, fait l'objet d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante (Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, SA Babolat Maillot Witt c/ Pachot), ce dernier est éligible à la protection du droit d'auteur conformément aux dispositions de l'article L. 112-2, 13° du Code de la propriété intellectuelle.

À la différence du code objet (programme binaire compréhensible par la machine) ou du code exécutable, pouvant être directement exécuté par la machine, seul le code source permet donc de maintenir ou de faire évoluer une solution logicielle.

Enfin, si le code source emporte par définition des fonctionnalités et un langage de programmation, ces derniers éléments ne sont pas protégeables par le droit d'auteur (V. à cet effet CJUE, gde ch., 2 mai 2012, aff. C-406/10, SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd).

En l'espèce, il convient moins de s'intéresser à ce qui est protégeable de ce qui est utile.

C'est ainsi que, tout d'abord, et avant de régir un accès aux codes sources, encore convient-il de définir ce que l'on entend par « code source » qui doit alors inclure *a minima* toute instruction liée audit code pour comprendre la manière dont ce dernier a été écrit.

Une fois la détermination de ce que recouvre la notion de « code source » (utilement insérée dans un article « définition » du contrat), il convient alors d'indiquer les conditions d'accès et le régime qui lui sera applicable.

On notera d'ailleurs que le même raisonnement préside à la conclusion des marchés publics, le Cahier des clauses administratives générales applicables aux techniques de l'information et de la communication (CCAGTIC) stipulant en son article 37.2 « Disponibilité des codes sources : les codes sources sont accessibles dans les conditions prévues par les documents particuliers du marché ».

L'attention portée à la rédaction de cette clause est d'autant plus essentielle que les textes n'organisent aucun accès au code source, sauf hypothèse encadrée dans le cadre de l'interopérabilité (CPI, art. L. 122-6-1).

RECOMMANDATIONS

1. La première question que doit se poser le rédacteur est de définir où le code source est accessible. Proscrivons par principe un accès du code chez le prestataire lui-même (dans le cadre d'une liquidation judiciaire, il est toujours complexe de pouvoir accéder ou d'obtenir ledit code source) et privilégions le dépôt chez un tiers. Fréquemment, ces codes sources sont déposés au niveau national, auprès de l'Agence pour la protection des programmes suivant des contrats d'entiercement mais lesdits codes peuvent tout aussi bien être déposés chez un autre tiers séquestre ou un officier ministériel.

2. Le second principe à vérifier est, une fois le code déposé, ses conditions d'accès et l'opposabilité de la clause au tiers séquestre en cas de mise en jeu de la clause compte tenu d'un principe classique d'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165) : soit le contrat du tiers séquestre est tripartite ; soit ce

dernier organise automatiquement un accès sous réserve de la démonstration du tiers (le client) des conditions organisant l'accès au code source, telles que stipulées dans le contrat signé entre le client et le prestataire.

Si, par exemple, l'article 6 du règlement de l'Agence pour la protection des programmes (APP) formalise un tel régime, « l'utilisateur d'un programme ou de tout élément déposé auprès de l'APP peut demander à y accéder sous réserve d'un accord écrit entre les parties », il conviendra en revanche pour tout autre tiers séquestre et à défaut de tels principes, soit de formaliser une convention tripartite, soit d'organiser une stipulation pour autrui au bénéfice du client, tiers bénéficiaire de la stipulation.

Compte tenu de l'enjeu d'un tel accès, il est préconisé de formaliser dans le contrat et/ou joindre en annexe de ce dernier,

et ce avant toute signature, les mécanismes organisant un tel accès.

3. En troisième lieu, il convient de s'assurer des versions du logiciel déposé et de la fréquence de leur mise à jour.

En effet, une solution souscrite dans un projet à un instant donné sera amenée à évoluer au titre de nouvelles versions également déployées au fur et à mesure chez le client.

De même et nonobstant l'absence de nouvelles versions, l'éditeur aura pu corriger différentes anomalies de la solution concédée au titre de *patches* ou de mises à jour.

Il conviendra donc d'organiser la fréquence de la mise à jour des dépôts effectués selon, par exemple, la politique de commercialisation de toute nouvelle version de l'éditeur installée chez le client, ou mieux, lors de toute mise à jour corrective significative.

Suivant la nature de la solution souscrite, se posera la question des mises à jour des codes sources entre ceux relevant de la solution progicelle souscrite auprès de l'éditeur et ceux relatifs à d'éventuels développements spécifiques réalisés en complément. Ces mises à jour devront faire l'objet d'une justification par l'éditeur pour garantir au client leur caractère effectif.

4. En quatrième lieu, il conviendra de déterminer la charge du coût du dépôt et de la mise à jour des sources déposées, voire, selon les tiers séquestres, notamment anglo-saxons (*escrow agreement*) du coût d'adhésion pour le client au contrat de tiers séquestre.

5. En cinquième lieu, une fois les conditions « administratives » de l'accès formalisées, il convient alors d'identifier les faits qui pourront justifier un accès au code source.

À cet effet, et suivant la nature du contrat conclu, il conviendra de s'interroger sur les différents faits générateurs d'un tel accès.

Ce dernier pourra être sollicité en cours de développement de la solution : il s'agira alors d'organiser un accès au code source dans le cadre par exemple d'un projet d'intégration, lorsqu'il y a défaillance de l'éditeur mais que le client souhaite poursuivre le contrat avec l'intégrateur. Cette clause sera d'ailleurs utilement associée à une clause de réversibilité.

À défaut des hypothèses envisagées relèveront davantage de la vie du contrat et des défaillances du prestataire, à savoir :

- son incapacité à exécuter ses prestations de maintenance, et/ou *a minima*, suivant la qualification retenue, la non-corrrection d'anomalies bloquantes sous un délai à préciser ;
- l'arrêt de la commercialisation de la solution concédée ;
- l'arrêt de la maintenance de la solution concédée ;
- la mise en œuvre d'une procédure collective du prestataire sans poursuite des prestations de maintenance par ce dernier ou d'une reprise par un tiers des activités.

On pourra d'ailleurs relever à cet effet que dans cette dernière hypothèse la responsabilité de l'administrateur peut être mise en cause si ce dernier ne fait pas droit à un accès au code source contractuellement prévu (CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. 1, 11 sept. 2007, n° 06/06556).

Dans le cadre d'une procédure collective encore faudra-t-il s'interroger, dans la rédaction du contrat, sur la date permettant un accès, dans l'hypothèse d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (date de jugement, délai supplémentaire...).

6. Les différentes hypothèses d'accès étant visées, un ultime point devra être vérifié à savoir précisément les délais de mise en œuvre d'une telle clause.

En effet, et suivant le tiers séquestre visé, les délais selon lesquels il donne accès auxdits codes lorsque les critères d'accès sont remplis peuvent amenuiser l'objectif que poursuit le dépôt.

Il n'est pas rare de voir dans différentes conventions que lorsqu'un tiers séquestre est saisi d'une demande d'accès, ce dernier va instruire ladite demande, voire le cas échéant interroger le prestataire qui pourra contester une telle communication, amenant le tiers séquestre à échanger à nouveau avec le client sur la condition de l'accès.

De tels délais qui peuvent se comptabiliser en semaines ne sont pas forcément en adéquation avec les besoins et contraintes opérationnels du client.

7. Enfin, et si nous avons indiqué en préalable que sous la dénomination « code source », tout n'était pas nécessairement éligible à la protection par le droit d'auteur, il n'en demeure pas moins que, s'agissant majoritairement d'éléments logiciels, il convient d'organiser classiquement les conditions d'utilisation de ces derniers en accord avec les dispositions applicables et ce aux termes d'une licence qui sera concédée au bénéfice du client.

Suivant les hypothèses d'accès visées et les conditions de négociation, il pourra être sollicité que la licence soit concédée pour les besoins uniques du client et limitée à un maintien en condition opérationnelle de la solution logicielle, voire bénéficier d'un droit d'évolution pour procéder à des développements futurs.

Sera également visée une possibilité ou non pour le client d'utiliser ces codes sources pour des besoins autres qu'internes.

Il conviendra enfin de préciser que cette licence autorisera également tout tiers à intervenir sur les codes sources compte tenu de ce qu'il n'est pas certain que le client bénéficie d'une compétence en interne à cet effet.

8. En dernier lieu, il conviendra de ne pas d'omettre de préciser que de tels engagements survivront à la résiliation du contrat.

Rappelons en conclusion que si la clause d'accès aux codes sources reste encore un élément de négociation de contrat au titre de projets informatiques classiques, cette clause perd de son intérêt dans le cadre de nouveaux processus de contractualisation ou de mise à disposition d'applications informatiques et ce notamment dans le cadre des contrats ASP et/ou des solutions souscrites en mode SaaS (*Software As A Service*), compte tenu d'architectures mutualisées et/ou fournies en mode *cloud computing* que le client ne peut plus maîtriser, sauf à bénéficier d'un *cloud privé*.

EXEMPLE DE CLAUSE

Nous informons le lecteur que la présente clause utilise des majuscules renvoyant à des termes qui auront été définis dans un article « définition » du Contrat.

Les Codes sources du Progiciel sont déposés auprès de XX, Tiers séquestre, dans leur version XXX identique à celle concédée au titre des présentes. Copie de la convention du Tiers séquestre stipulant un accès au bénéfice du Client, dans les conditions qui suivent, est jointe en annexe X.

Lors de chaque nouvelle Version, le Prestataire s'engage à déposer, à ses frais, les Codes sources de celle-ci dans le mois suivant leur commercialisation. À défaut de toute nouvelle Version, le Prestataire s'engage *a minima* à réactualiser à ses frais, une fois par an les Codes sources déposés au titre de toute Mise à jour diffusée dans l'intervalle.

Sauf cession des Codes sources liés à tout Développement spécifique, le Prestataire pourra, sur devis, déposer toute Code source associé à cet effet.

Le Prestataire s'engage à justifier, à première demande, de ces dépôts et/ou du paiement de toute taxe liée au maintien du dépôt. Il autorise également le Client à faire appel à tout moment à un expert informatique de son choix, qui n'est pas un concurrent direct du Prestataire, aux fins de vérifier l'application de la présente clause, sous réserve de la signature d'un accord de confidentialité préalable.

Le Client pourra accéder aux Codes sources du Progiciel et/ou des Développements spécifiques dans les conditions qui suivent :

- en cas de redressement judiciaire du Prestataire et ce dès le jugement prononçant le redressement judiciaire, sur simple présentation au Tiers séquestre du jugement ordonnant la mesure. Les Parties reconnaissent expressément que cet accès sera possible et illimité nonobstant toute poursuite ou non des contrats par l'administrateur judiciaire ou plan de continuation ou de reprise de la société du Prestataire ;

- en cas de liquidation judiciaire et ce, dès le jugement la prononçant, sur simple présentation au Tiers séquestre du jugement ordonnant la mesure ;

- en cas d'arrêt des prestations de maintenance du Progiciel non remplacé par une nouvelle Version commercialisée par le Prestataire ;

- en cas de liquidation amiable de la société du Prestataire sans reprise de son activité par un tiers ;

- en cas de non-correction d'une Anomalie bloquante sous un délai de trente (30) jours calendaires suivant sa notification, à défaut de toute Solution de contournement fournie dans l'intervalle.

La présente clause est sans préjudice de tout accès ou transfert des Codes sources dans les hypothèses visées à l'article « Réversibilité ».

Le droit d'accès au Code source emporte automatiquement au bénéfice du Client une licence non exclusive, non transférable, sauf hypothèse visée à l'article « Cession », concédée pour la durée des droits d'auteur, des Codes sources du Progiciel pour ses besoins internes de poursuite d'utilisation du Progiciel. Cette licence emporte un droit de représentation, reproduction, adaptation, traduction et évolution des Codes sources sur tout support existant ou prévisible, au bénéfice du Client ou de tout tiers mandaté par ses soins, aux fins de maintien en conditions opérationnelles du Progiciel conformément à son objet.

Les termes de cet article survivront à la résiliation du Contrat à l'exception de toute résiliation pour faute du Client.

Mots-Clés : Code source - Logiciel - Tiers séquestre - Accès

Pour aller plus loin

JURISPRUDENCE

- Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, SA Babolat Maillot Witt c/ Pachot : JurisData n° 1986-000125
- CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch., sect. 1, 11 sept. 2007, n° 06/06556 : JurisData n° 2007-358184

- CJUE, gde ch., 2 mai 2012, aff. C-406/10, SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd : JurisData n° 2012-01211 ; Comm. com. électr. 2012, comm. 105, obs. Ch. Caron