**Contrat de licence d’utilisation : logiciel propriétaire**

1. **Absence de définition légale de la licence**

En droit d’auteur, il n’existe aucune disposition spécifique dans le code de la propriété intellectuelle relative à la notion de licence d’utilisation d’un logiciel ou de concession de droits.

Les dispositions relatives à la licence d’exploitation sont uniquement prévues par le code de la propriété intellectuelle pour les marques et brevets. Ainsi, **l’article L613-8 du code de la propriété intellectuelle** dispose que : «*les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet […] peuvent faire l’objet, en totalité ou en partie, d’une concession de licence d’exploitation, exclusive ou non exclusive* ».

Malgré cette absence, ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent gênées par cet état de fait et le recours à la licence d’utilisation de logiciel s’est développé dans la pratique.

Ainsi, le tribunal de grande instance d’Evry a jugé que la société « *est l’auteur d’un logiciel de simulation de prêts […], qu’elle a consenti à plusieurs reprises des licences d’utilisation de son logiciel autorisant l’implantation sur un site web et qu’elle a eu connaissance de ce qu’un tiers, non titulaire d’une licence d’utilisation avait reproduit illégalement ce logiciel sur son site internet* » ([**Contrefaçon et concurrence déloyale d’un logiciel**](https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-devry-8eme-chambre-14-fevrier-2002/)**, jurisprudence du 14 février 2002**.

1. **Licence vs Cession**

En l’absence de définition légale de la licence en droit d’auteur, une partie de la doctrine s’est demandée si une licence d’utilisation était en réalité une cession de droits, notamment parce que le code de la propriété intellectuelle prévoit que « *la cession par l’auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle*» (**article L131-14 du code de la propriété intellectuelle**).

La différence entre la licence d’utilisation et la cession de droits résiderait dans le fait qu’une cession emporte transfert de tout ou partie des droits patrimoniaux du titulaire des droits au cessionnaire. Pour rappel, selon **l’article L122-6 du code de la propriété intellectuelle**, ces droits patrimoniaux intègrent le droit de reproduction, le droit d’adaptation et le droit de distribution au public.

Or, dans le cadre d’une licence, le titulaire des droits ne se destitue pas définitivement de ses droits patrimoniaux mais permet simplement l’utilisation de son logiciel dans les conditions prévues par la licence, sauf exceptions de l’article L122-6-1 du code de la propriété intellectuelle. En effet, la doctrine considère que le contrat de licence n’est pas un contrat de vente mais un contrat de louage lorsqu’il est conclu à titre onéreux (**article 1709 du code civil**) et un contrat de prêt lorsqu’il est conclu à titre gratuit (**article 1875 du code civil**).

Par ailleurs, en cas de cession, le cessionnaire devient titulaire de tout ou partie des droits portant sur le logiciel et peut donc agir en contrefaçon, à la différence du licencié qui n’a pas qualité pour ester en justice.

Cette position n’est d’ailleurs pas contestée par la jurisprudence comme en témoigne le jugement précité ([**Contrefaçon et concurrence déloyale d’un logiciel**](https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-devry-8eme-chambre-14-fevrier-2002/)**, jurisprudence du 14 février 2002**).

1. **Prohibition des ventes liées**

Selon **l’article L122-1 du code de la consommation**, « *il est interdit […] de subordonner la vente d’un produit à l’achat concomitant d’un autre produit ou d’un autre service […]* ». Les ventes liées, même quand il s’agit de la vente d’un ordinateur et de l’achat d’une licence d’un logiciel d’exploitation, sont prohibées.

En ce sens, dans un jugement rendu en 2010 puis la décision de renvoi rendue en 2012, les juges ont considéré que le constructeur informatique Lenovo ne pouvait pas imposer d’adjoindre obligatoirement Windows Vista à un ordinateur portable dont les spécificités propres mais uniquement matérielles avaient dicté le choix du consommateur ([**Protection des consommateurs**](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023113674)**, arrêt du 15 novembre 2010 ;**[**Logiciel indissociable d’un ordinateur**](https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-dinstance-daix-en-provence-juridiction-de-proximite-jugement-du-9-janvier-2012/)**, jurisprudence du 9 janvier 2012, Lenovo**).

Dans un arrêt *Darty contre UFC Que Choisir*, la Cour de cassation a jugé que « *les informations, relatives aux caractéristiques principales d’un ordinateur équipé de logiciels d’exploitation et d’application, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause* » ([**Logiciel: la protection des consommateurs**](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024648294)**, pourvoi n°10-10800**).

Toutefois, dans un arrêt *Deroo-Blanquart* de 2016, les juges ont considéré que « *la vente par Sony d’ordinateurs équipés de logiciels préinstallés répond aux attentes […] d’une part importante des consommateurs qui préfèrent l’acquisition d’un ordinateur ainsi équipé et d’utilisation immédiate à l’acquisition séparée d’un ordinateur et de logiciels. Après l’achat, lors de la première utilisation dudit ordinateur, Sony a offert à M. DB la possibilité, ou bien, de souscrire au « Contrat de Licence Utilisateur Final », afin de pouvoir utiliser lesdits logiciels, ou bien d’obtenir la révocation de la vente* ».

La CJUE avait, sur le même fondement, jugé que «*moyennant notamment une information correcte du consommateur, une offre conjointe de différents produits ou services peut satisfaire aux exigences de loyauté*», d’autant plus que le consommateur était « *libre de choisir un autre modèle d’ordinateur, d’une autre marque, pourvu de caractéristiques techniques comparables, vendu sans logiciels ou associé à d’autres logiciels*». ([**Pratiques commerciales déloyales**](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CJ0310&lang1=fr&type=TXT&ancre=)**, affaire Deroo-Blanquart**).

Les ventes liées ordinateur/logiciel sont donc prohibées sauf à démontrer que le consommateur a préalablement été informé que l’achat du matériel emporte conclusion automatique du contrat de licence d’utilisation du logiciel et qu’il est possible d’acheter un autre matériel sans logiciel préinstallé.

1. **Contenu du contrat de licence**

Le droit d’utilisation du logiciel est limité par les stipulations du contrat de licence. Ainsi, ce dernier peut limiter les droits des utilisateurs selon le nombre de postes ou d’utilisateurs déterminé, le volume d’utilisation, le type de droit concédé, l’étendue géographique et/ou la durée.

Le contrat de licence doit également prévoir si la licence est octroyée à titre gratuit ou onéreux et le type de rémunération qui peut être une redevance unique, une redevance progressive en fonction des nouvelles versions du logiciel ou un abonnement.

Par la clause sur la garantie d’éviction, le donneur de licence garantit être titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel et s’engage à assumer les frais d’une action en contrefaçon émanant d’un tiers, contribuant ainsi à la jouissance paisible du logiciel par l’utilisateur.

Il est également fréquent que le donneur de licence limite sa responsabilité en cas de dysfonctionnement du logiciel par exemple. La clause limitative de responsabilité ne peut être envisagée que dans les contrats conclus entre professionnels.

1. **Licence On Premise vs Licence SaaS**

La différence technique entre « on premise » et « SaaS » (Software as a Service) réside dans le mode d’hébergement du logiciel. Le logiciel *on premise* est un logiciel installé sur les serveurs de l’entreprise alors que le logiciel SaaS est hébergé sur les serveurs du prestataire et, la plupart du temps, accessible via une connexion internet.

Le logiciel *on premise* nécessite de disposer des ressources humaines et techniques pour installer et utiliser le logiciel ou de faire appel à un tiers intégrateur et/ou un tiers mainteneur pour installer, faire évoluer et maintenir le logiciel *on premise*. Dans le cadre d’un logiciel SaaS la maintenance et les mises à jour sont entièrement à la charge du prestataire.

D’un point de vue juridique, le logiciel *on premise* s’acquiert définitivement par l’achat de licences et ne nécessite pas le paiement de frais réguliers alors que le logiciel SaaS est assimilé à un service accessible aussi longtemps que l’abonnement au service est en vigueur. Toutefois, la terminologie juridique utilisée par bon nombre de juristes reste celle d’un contrat de licence d’utilisation du logiciel SaaS, et non celle d’un contrat d’abonnement.

Concernant le contenu du contrat de licence d’un logiciel SaaS, il doit délimiter précisément les contours de la licence octroyée (nombre d’accès, limité ou illimité, utilisateurs nommés, lieu géographique, durée, etc.) comme dans le cadre d’un contrat de licence d’un logiciel *on premise*.

Le contrat de licence d’un logiciel SaaS nécessite toutefois l’ajout de clauses spécifiques telles que :

* la réversibilité des données à l’issue du contrat ;
* la protection des données à caractère personnel hébergées sur les serveurs du prestataire ;
* la confidentialité ;
* la sécurité du système.

Dans le cadre de l’utilisation d’un logiciel SaaS, il est également vivement recommandé d’annexer un « *Service Level Agreement (SLA)*» par lequel le prestataire garantit un niveau de service sous peine de pénalités.

1. **Droits conférés aux utilisateurs**

 Le code de la propriété intellectuelle confère un certain nombre de droits aux utilisateurs d’un logiciel qui constituent une entorse au droit d’auteur dit « classique ».

* 1. Le droit de réaliser une copie de sauvegarde

**L’article L122-5 du code de la propriété intellectuelle** dispose que *« lorsque l’œuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire les copies ou reproductions réalisées à partir d’une source licite et strictement réservées à l’usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». Il s’agit de l’exception pour copie privée. L’article reconnait toutefois des tempéraments à cette règle et ajoute les dispositions suivantes : « *à l’exception des copies d’un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions de l’article L122-6-1* ».

Ainsi, en matière de logiciels, « *l’utilisateur, ayant le droit d’utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l’utilisation du logiciel* » (**article L122-6-1 II du code de la propriété intellectuelle**). La copie de sauvegarde permet de disposer d’une copie du logiciel en cas de perte des données et/ou du support.

Cette possibilité découle de **l’article 5.2 de la directive 2009/24/CE** qui dispose qu’une « *personne ayant le droit d’utiliser le programme d’ordinateur ne peut être empêchée par contrat d’en faire une copie de sauvegarde dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour cette utilisation*».

L’exception pour copie de sauvegarde est très encadrée et n’est pas toujours admise par la jurisprudence. En ce sens, la Cour de cassation a considéré que la remise d’un double avec l’original interdit tout droit d’effectuer une copie de sauvegarde, puisque « *dès lors qu’il a reçu une copie de sauvegarde […] l’acheteur est rempli de ses droits*». Elle ajoute qu’est donc « *illicite la vente à cet acquéreur de procédés lui permettant d’établir lui-même, en plus grand nombre des copies du logiciel original* » ([**Copie d’un logiciel informatique**](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007026540&fastReqId=1896292828&fastPos=1)**, pourvoi n°89-11390**).

Le tribunal de grande instance de Valence a souligné que : « *la reproduction doit être nécessaire pour préserver l’utilisation du logiciel*». Il ne saurait donc être question que cette copie soit utilisée ou même détenue par une autre personne que l’utilisateur légitime du logiciel originel, ni qu’elle soit faite en plusieurs exemplaires ([**Contrefaçon et copie de sauvegarde d’un logiciel**](https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-grenoble-1ere-chambre-des-appels-correctionnels-arret-du-18-janvier-2001/?page=breves-article&id_article=688)**, jurisprudence du 18 janvier 2001**).

Pour reconnaître l’exception pour copie de sauvegarde, il faut que ce soit le détenteur légitime du logiciel originel qui effectue la copie et à partir d’un logiciel acquis de manière licite ([**La copie de sauvegarde d’une *œ*uvre**](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028943148&fastReqId=458788817&fastPos=12)**, arrêt n°13-84088**).

Dans ce cadre, la CJUE a affirmé que « *si l’acquéreur initial de la copie d’un programme d’ordinateur accompagnée d’une licence d’utilisation illimitée est en droit de revendre d’occasion cette copie et sa licence à un sous-acquéreur, il ne peut en revanche, lorsque le support physique d’origine de la copie qui lui a été initialement délivré est endommagé, détruit ou égaré, fournir à ce sous-acquéreur sa copie de sauvegarde de ce programme sans l’autorisation du titulaire de droit* » ([**Propriété intellectuelle – Droit d’auteur et droits voisins**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184446&doclang=FR)**, 12 octobre 2016, affaire Microsoft**).

* 1. Le droit d’accomplir les actes nécessaires à l’utilisation du logiciel

Selon **l’article L122-6-1 I du code de la propriété intellectuelle**, « *les actes prévus aux 1° et 2° de l’article L122-6 ne sont pas soumis à l’autorisation de l’auteur lorsqu’ils sont nécessaires pour permettre l’utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l’utiliser, y compris pour corriger des erreurs* ».

L’article prévoit également que « *l’auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l’article L122-6, nécessaires pour permettre l’utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l’utiliser* ».

L’utilisateur a donc le droit d’effectuer tout acte de reproduction ou de représentation du logiciel qui serait nécessaire à son utilisation normale sans que cela nécessite l’autorisation de l’auteur. Il en va de même pour la correction des erreurs.

Ces dispositions découlent de **l’article 5.1 de la directive 2009/24/CE** qui dispose que « *sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l’autorisation du titulaire les actes visés à l’article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l’acquéreur légitime d’utiliser le programme d’ordinateur d’une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs* ».

Cette exception ne doit toutefois pas permettre des améliorations, des adaptations ou des ajouts au programme d’ordinateur utilisé. Elle doit simplement avoir pour but l’utilisation du logiciel de manière conforme à sa destination ([**Tribunal de Commercialisation des codes sources d’un programme,**](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007TJ0019&from=FR)**Affaire Systran**).

* 1. Le droit d’étudier le fonctionnement du logiciel

Selon **l’article L122-6-1 III du code de la propriété intellectuelle**, « *la personne ayant le droit d’utiliser le logiciel peut sans l’autorisation de l’auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n’importe quel élément du logiciel lorsqu’elle effectue toute opération de chargement, d’affichage, d’exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu’elle est en droit d’effectuer* ».

En droit communautaire, **l’article 5.3 de la directive 2009/24/CE** prévoit que « *la personne habilitée à utiliser une copie d’un programme d’ordinateur peut, sans l’autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n’importe quel élément du programme, lorsqu’elle effectue toute opération de chargement, d’affichage, d’exécution, de transmission ou de stockage du programme d’ordinateur qu’elle est en droit d’effectuer*».

En ce sens, la CJUE a jugé que le propriétaire du programme d’ordinateur ne peut empêcher, en invoquant le contrat de licence, l’utilisateur d’étudier le fonctionnement du programme pour déterminer les idées et les principes à la base du programme, d’autant que les idées et les principes ne sont pas protégés par le droit d’auteur. Elle ajoute qu’il « *ne saurait être porté atteinte au droit d’auteur du programme d’ordinateur lorsque, comme en l’espèce, l’acquéreur légitime de la licence n’a pas eu accès au code source du programme d’ordinateur sur lequel porte cette licence, mais s’est limité à étudier, à observer et à tester ce programme afin de reproduire sa fonctionnalité dans un second programme* » ([**Protection juridique des programmes d’ordinateur**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19692)**, arrêt du 2 mai 2012, World Programming Ltd**).

En matière de sécurité, **l’article 25 de la loi n°2013-1168 de programmation militaire du 18 décembre 2013** a ajouté à l’article L122-6-1 III du code de la propriété intellectuelle précité, la possibilité pour l’utilisateur de tester la sécurité du logiciel, ce qui n’était pas autorisé jusqu’alors. Il reviendrait à la jurisprudence de déterminer ce que le terme « sécurité » inclut.

Plus récemment, **la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique** a introduit un **article L2321-4 dans le code de la défense**. L’article dispose que « *pour les besoins de la sécurité des systèmes d’information, l’obligation prévue à l’article 40 du code de procédure pénale [obligation pour les fonctionnaires de dénoncer les crime ou délit dont ils ont connaissance] n’est pas applicable à l’égard d’une personne de bonne foi qui transmet à la seule autorité nationale de sécurité des systèmes d’information une information sur l’existence d’une vulnérabilité concernant la sécurité d’un système de traitement automatisé de données* ».

Ainsi, par ce texte, le législateur a souhaité limiter la responsabilité des hackers de bonne foi, d’autant que de plus en plus d’entreprises ont recours au « *bug bounty* » (programme qui permet de recevoir reconnaissance et compensation après avoir reporté des [bugs](https://fr.wikipedia.org/wiki/Bug_(informatique)) et permet aux développeurs de découvrir et de corriger des bugs avant que le grand public en soit informé).

* 1. Le droit de décompiler le logiciel à des fins d’interopérabilité

Selon **l’article L122-6-1 IV du code de la propriété intellectuelle qui transpose l’article 6 de la directive 2009/24/CE**, « *la reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n’est pas soumise à l’autorisation de l’auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l’article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l’interopérabilité d’un logiciel créé de façon indépendante avec d’autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :*

* *ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d’utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;*
* *les informations nécessaires à l’interopérabilité n’ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;*
* *et ces actes sont limités aux parties du logiciel d’origine nécessaires à cette interopérabilité*».

L’article ajoute que « *les informations ainsi obtenues ne peuvent être :*

* *ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l’interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;*
* *ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l’interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;*
* *ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d’un logiciel dont l’expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d’auteur*».

Selon **le considérant n°10 de la directive 2009/24/CE**, « *un programme d’ordinateur est appelé à communiquer et à fonctionner avec d’autres éléments d’un système informatique et avec des utilisateurs […] Cette interconnexion et cette interaction fonctionnelles sont communément appelées « interopérabilité » ; cette interopérabilité peut être définie comme étant la capacité d’échanger des informations et d’utiliser mutuellement les informations échangées* ».

En d’autres termes, l’interopérabilité est la possibilité pour différents programmes de communiquer entre eux, d’échanger des informations dans un environnement déterminé. Pour permettre cette interopérabilité, il faut connaître le code source des interfaces logiques permettant la communication. La décompilation désigne la reconstitution du code source du logiciel destinée à isoler les interfaces logiques et à les adapter.

La décompilation d’un logiciel est donc autorisée à des fins d’interopérabilité et par l’utilisateur, qui a acquis de manière légitime le logiciel. Tel n’était pas le cas de M. T qui avait travaillé sur une version du logiciel « tombée du camion ». La cour d’appel de Paris a jugé que « *la pratique du désassemblage d’un logiciel n’est licite que dans les strictes hypothèses prévues par l’article L 122-6-1-IV du code de la propriété intellectuelle mais constitue une contrefaçon dès lors que, comme en l’espèce, l’auteur de la manipulation, non titulaire des droits d’utilisation, n’agit pas à des fins d’interopérabilité et met à disposition de tiers (les internautes) les informations obtenues* » ([**Reproduction d’un logiciel sans autorisation**](https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-13eme-chambre-section-a-arret-du-21-fevrier-2006/)**, arrêt du 21 février 2006**).

La cour d’appel de Paris a également refusé de reconnaître l’exception de décompilation car les conditions posées par l’article L122-6-1 IV du code de la propriété intellectuelle n’étaient pas remplies. En effet, les juges ont considéré que « *les prévenus ne peuvent se prévaloir desdites dispositions puisque :*

* *ils ne sont pas utilisateurs légitimes du logiciel ;*
* *ils n’ont pas demandé à Nintendo l’accès aux informations ;*
* *leur but n’était pas de créer des logiciels indépendants, puisque leur objectif essentiel était de commercialiser des dispositifs contournant les mesures de protection des consoles et des cartes Nintendo DS et, ce faisant, pour porter atteinte aux droits des auteurs*» ([**Reproduction d’un logiciel d’un jeu vidéo,**](https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-chambre-12-arret-du-26-septembre-2011/)**Arrêt du 26 Septembre 2011, Affaire Nintendo**).

Il a également été jugé que « *les opérations de migrations de données s’inscrivaient dans les strictes nécessités de l’interopérabilité autorisée* » par le code de la propriété intellectuelle ([**Droit d’exploitation d’un logiciel**](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024701253&fastReqId=316997419&fastPos=1)**, pourvoi n°10-14069**).

Enfin, la cour d’appel de Caen a condamné un prévenu à de la prison avec sursis pour avoir rendu accessible au public une copie du fichier SkyCryptV1.cpp, obtenue à partir de la décompilation du logiciel de Skype. Pour la Cour, le prévenu s’est rendu coupable de contrefaçon en utilisant les informations en cause pour un autre but que la réalisation de l’interopérabilité, dépassant ainsi le cadre autorisé par le code de la propriété intellectuelle ([**Contrefaçon d’une oeuvre et reproduction des codes sources**](https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-caen-chambre-des-appels-correctionnels-arret-du-18-mars-2015/)**, arrêt du 18 mars 2015**).