

RISQUES ENCOURUS PAR UNE ASSOCIATION DONT LES SALARIES INSTALLENT SPONTANEMENT DES LOGICIELS ET LEUR MISE A JOUR.

Par Maître Cendrine CLAVIEZ

Cabinet Bignon Lebray Delsol & Associés

Beaucoup d'associations utilisent des logiciels dont l'installation, la mise à jour et l'utilisation ne sont pas toujours autorisées par leurs auteurs ni conformes à la destination réglementée par eux.

Sans entrer dans le détail des dispositions contractuelles particulières que la plupart des éditeurs de logiciels stipulent dans leurs contrats de licence, le présent article a pour but de sérier les principaux risques auxquels s'exposent l'entreprise et les moyens qu'elle peut mettre en place pour responsabiliser ses salariés quant à l'utilisation, sans droit, de logiciels.

Deux types de situations sont fréquemment rencontrés dans lesquelles se pose la question de la licéité de l'usage des logiciels. Ces cas concernent d'une part, la mise à jour de logiciels standards (1) et, d'autre part, l'installation de logiciels sur des postes différents et selon une destination différente de celles envisagées par le titulaire des droits sur l'œuvre logicielle (2). L'usage illicite de logiciels peut être condamné au titre de la contrefaçon de droit d'auteur (3).

1. La mise à jour de logiciels standards

LE LOGICIEL STANDARD, OU PROGICIEL, SE DISTINGUE EN THEORIE, MAIS PAS TOUJOURS EN PRATIQUE, DU LOGICIEL SPECIFIQUE, CREE POUR LES BESOINS D'UN COMMANDITAIRE

Le logiciel déjà existant ou standard, dit « progiciel », est usuellement distingué du « logiciel spécifique » réalisé pour répondre aux besoins précis d'un utilisateur. Dans ce dernier cas, les codes sources du logiciel sont soit cédés par le titulaire des droits au commanditaire du logiciel afin de lui permettre de faire évoluer l'outil acquis en fonction de ses besoins, soit la question de sa mise à jour est nécessairement organisée entre les parties.

Précisément, s'agissant des logiciels standards, tels que, notamment, les progiciels grand public dont on sait que les nouvelles versions mises sur le marché ne sont pas toujours – loin s'en faut – exemptes de tous « bugs » de programmation (aujourd'hui pudiquement appelés « failles de sécurité »), leur mise à jour est souvent effectuée sans que les licences de mises à jour aient fait l'objet d'une acquisition particulière.

Il arrive aussi que certains logiciels standards soient mis à jour d'après une nouvelle version dont l'utilisation n'a pas été concédée à l'entreprise utilisatrice (ex. version « domestique » / version « professionnelle »).

LES DROITS DE L'AUTEUR D'UN LOGICIEL

Rappelons que le logiciel est un bien immatériel très particulier, fruit d'une création intellectuelle.

Le logiciel relève usuellement du droit d'auteur à condition, notamment, qu'il soit original, c'est-à-dire, selon la jurisprudence, si un « choix créatif » ou un « apport personnel » est mis en évidence.

Il peut être également protégé par un brevet s'il est un élément d'une invention technique brevetable¹. En l'absence de brevet ou d'une des conditions d'application du droit d'auteur, le logiciel sera souvent de libre utilisation (« open source² »).

Les prérogatives dont bénéficie le titulaire des droits (auteur personne physique, éditeur ou SSII) sur un logiciel³ sont précisément définies par le Code de la propriété intellectuelle (article L. 122-6).

Le titulaire des droits sur le logiciel dispose d'un monopole de mise en circulation des exemplaires de l'œuvre. Ce droit de distribution lui permet de réglementer l'usage qui peut être fait des exemplaires distribués (domaine, destination, lieu, durée, etc.) (articles L. 122-3 et L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle).

LES LICENCES D'UTILISATION DE LOGICIELS : LA GENERALITE DES CONTRATS D'ADHESION

Les logiciels standards font rarement l'objet de cession exclusive et feront plus souvent l'objet de licences d'utilisation matérialisées par des contrats d'adhésion dont le licencié ne peut négocier les clauses.

A cet égard, rappelons qu'il ne faut bien évidemment pas confondre la « vente » de logiciel qui emporte cession des droits patrimoniaux sur l'œuvre⁴ et la « concession » ou « licence » qui confère au licencié un simple droit d'usage, souvent non exclusif, souvent sur un seul poste, de certains droits de propriété intellectuelle du logiciel. Dans le cas d'une licence, l'auteur conserve généralement les codes-sources du logiciel et ne remet à l'utilisateur qu'un code-objet ou code exécutable du logiciel.

¹ Le logiciel n'est pas brevetable en lui-même (article L. 611-10 2° du CPI).

² Open source, c'est-à-dire que n'importe qui pourra modifier ou adapter le code-source de ce logiciel, puis l'utiliser pour ses propres besoins ou en faire profiter la communauté des développeurs (ex. Mozilla, Linux).

³ Article L. 122-6 du CPI : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser : 1) **La reproduction permanente ou provisoire** d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ; 2) **La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification** d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ; 3) **La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé (...)** ».*

⁴ La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés (droit de reproduction, de représentation, d'adaptation) fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession (articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle).

En pratique, ces licences se concluent soit, par le fait de télécharger un logiciel depuis le réseau internet en déclarant accepter le contrat de licence publié en ligne, soit par le fait de rompre une vignette adhésive fermant l'emballage d'un support magnétique (Cédéroms).

Une formule, inscrite dans le contrat de licence en ligne, sur l'emballage ou dans le guide d'installation, précise que cela implique l'acceptation des clauses et conditions d'utilisation du programme. A défaut d'acceptation, l'utilisateur final ne pourra pas télécharger le logiciel en ligne ou, en cas d'acquisition d'un support physique, est invité à retourner l'exemplaire du logiciel au distributeur.

Les clauses de ces contrats de licence, à moins d'être abusives, sont généralement opposables à l'utilisateur final. Leur méconnaissance peut être sanctionnée par l'action en contrefaçon.

Dans l'hypothèse de l'acquisition de matériel informatique incorporant des logiciels de base protégés dont l'utilisation n'est pas expressément réglementée par une licence formelle, l'acquéreur bénéficie, selon la doctrine¹, d'une licence « tacite » encadrée par les dispositions légales.

LA MISE A JOUR : UNE VERSION CORRIGEE DU LOGICIEL

Par « mise à jour », il faut entendre une version corrigée du logiciel (correction des « bugs » de programmation). Cette version corrigée se caractérise par une identité au niveau des fonctionnalités du logiciel et entre en général dans le cadre d'une maintenance corrective gratuite ou moyennant une rémunération modique. On parle usuellement de « correctifs » ou « patch » s'appliquant sur le logiciel rectifié.

Les correctifs d'un logiciel ne doivent donc pas être confondus avec les versions adaptées ou actualisées du logiciel qui entrent, quant à elles, dans le cadre d'une maintenance dite adaptative. On parle ici de « service pack ». Par exemple, sur le site de Microsoft, il existe un catalogue de mises à jour qui peuvent être téléchargées en fonction des logiciels installés, licitement, par l'utilisateur sur son ordinateur².

Enfin, lorsque les fonctionnalités d'un logiciel subissent des modifications substantielles, on parle de « nouvelle version » (ou « release ») c'est-à-dire d'un nouveau logiciel qui a probablement nécessité un investissement que l'auteur du logiciel va chercher à rentabiliser. A cette occasion, le logiciel est généralement identifié par un nouveau nom (Word 6, Word 98, Word 2000 puis Word XP). On parle ici de maintenance évolutive.

En principe, le logiciel standard doit être conforme à ses spécifications techniques.

La plupart des contrats de licence de logiciels comportent une clause prévoyant leur mise à jour soit gratuitement, soit moyennant un prix modique sous la condition d'avoir

¹ Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux, 2002, n°1007.

² L'audit des logiciels installés sur votre ordinateur peut être effectué en ligne afin d'identifier vos besoins (en principe, cette opération est sécurisée et les informations contenues dans votre ordinateur restent confidentielles).

demandé l'enregistrement de la licence auprès du fournisseur par l'envoi d'un document annexé au support du progiciel. **Cette « mise à jour », qui peut être considérée comme relevant de la garantie des vices cachés ou de la garantie de conformité due par l'auteur du logiciel à l'utilisateur final.** Cette mise à jour est adressée au client par support magnétique ou organisée sur le réseau internet, sur les sites officiels des éditeurs.

LA LIBERTE DE METTRE A JOUR LES LOGICIELS : LE PRINCIPE DE LIBRE ADAPTATION ET SES LIMITES

En l'absence de dispositions contractuelles expresses organisant la maintenance du logiciel, le licencié peut effectuer les actes « *nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination* » sans l'autorisation de l'auteur (article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle¹).

Ainsi, à défaut de stipulation contractuelle contraire, toute entreprise/association est en droit de procéder à la correction des « bugs » de programmation des logiciels utilisés. Plus généralement et si cela s'avère nécessaire, **l'entreprise/association utilisatrice est en droit de procéder à l'adaptation du logiciel pour permettre une utilisation conformément à sa destination**, à condition toutefois de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ni aux intérêts légitimes de l'auteur (article L.122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle).

Cette exception légale, inspirée des dispositions de l'article 5.1 de la directive communautaire du 14 mai 1991, est interprétée par la doctrine comme autorisant le licencié à corriger les « bugs » mais pas à faire évoluer le programme contre le gré du titulaire des droits.

Sur la base de cette disposition, la Cour d'appel de Montpellier a jugé qu'une société utilisant un logiciel dans le cadre d'une convention de mise à disposition de matériel, pouvait légitimement recourir à une tierce maintenance pour apporter au logiciel les modifications nécessaires à son fonctionnement dès lors qu'aucune obligation n'était faite de conclure des contrats de maintenance avec l'auteur du logiciel².

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que faute de stipulation contractuelle contraire, toute association/entreprise utilisatrice de logiciels peut licitement procéder à la mise à jour des logiciels standards dont elle a légitimement l'usage sauf, bien évidemment, s'il s'agit de logiciels piratés.

En revanche, les prétendues « mises à jour » de certains logiciels standards d'après une version nouvelle dont l'utilisation n'a pas été concédée à l'association/entreprise utilisatrice et qui est, par ailleurs, commercialisée par le titulaire des droits sur le logiciel, est illicite. En effet, les nouvelles versions d'un logiciel sont définies comme comprenant

¹ Article L. 122-6-1 « *Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 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 (...)* ».

² CA Montpellier, 1^{ère} chb, 5.07.2000, Juris-Data n°147637.

des corrections et des améliorations (fonctionnalités nouvelles, performances accrues, etc.) apportées à l'état précédent.

Dans ces conditions, sauf à ce que le titulaire des droits mette gratuitement et librement à la disposition des usagers régulièrement titulaires d'une licence d'utilisation du logiciel les nouvelles versions (ou releases) de son logiciel, une mise à jour sans droit dont l'association/l'entreprise n'a pas de licence d'utilisation est contrefaisante.

2. L'installation non autorisée d'un logiciel sur des postes et à des fins différentes de sa destination première

Par excès de zèle ou pour satisfaire des besoins personnels, des salariés, pas nécessairement mal intentionnés, peuvent décider d'installer des logiciels et copies de logiciels sur des postes différents et selon une destination différente de celles envisagées par le titulaire des droits sur l'œuvre logicielle.

MISE EN CIRCULATION, REPRODUCTION, UTILISATION FONT PARTIE DES PREROGATIVES DE L'AUTEUR

En principe, les actes d'utilisation non autorisée d'un logiciel, impliquant techniquement une « reproduction », sont répréhensibles.

Grosso modo, il convient de garder à l'esprit que tout ce que le titulaire du droit d'auteur n'a pas expressément permis est probablement interdit et que les conventions doivent s'interpréter restrictivement au profit de ce dernier.

Il est admis que le titulaire des droits sur le logiciel bénéficie d'un monopole de mise en circulation des exemplaires de son œuvre. Ce monopole permet à l'auteur, sous réserve de l'épuisement des droits, de réglementer l'usage qui peut être fait des exemplaires distribués.

Les prérogatives de l'auteur sur les copies de l'œuvre distribuées sont importantes et constituent ce que l'on appelle un droit de « destination » qui lui donne le pouvoir de contrôler non seulement la reproduction des exemplaires et leur mise en circulation, mais également la forme de leur utilisation par des tiers.

En conséquence, l'utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit est passible des sanctions pénales prévues par la loi.

SANS AUTORISATION DE L'AUTEUR, LE TRANSPORT D'UN LOGICIEL SUR D'AUTRES POSTES OU SUR D'AUTRES SITES EST ILLICITE

Le transport d'un logiciel de base sur d'autres sites que ceux prévus au contrat peut être sanctionnée par l'action en contrefaçon.

C'est ce qu'a décidé le Tribunal de grande instance de Paris¹ qui a condamné l'utilisation, dans les locaux d'un employeur et pour les besoins de celui-ci, d'un programme de comptabilité pour lequel un salarié avait obtenu du titulaire des droits sur ce logiciel, la faculté de s'en servir sur un matériel fonctionnant chez lui.

3. La contrefaçon de logiciel

LA VIOLATION DES DROITS DE L'AUTEUR DE LOGICIEL PEUT ETRE APPREHENDEE PAR L'ACTION EN CONTREFAÇON

Toute atteinte aux droits de l'auteur d'un logiciel peut être qualifiée de contrefaçon : reproduction non autorisée, distribution sans autorisation, imitation servile, usage illicite, etc.

Sont des délits de contrefaçon également, toutes violations de l'un des droits de l'auteur définis à l'article L. 122-6 du Code de la propriété intellectuelle à savoir, outre l'atteinte aux droits de reproduction et de mise sur le marché, l'atteinte aux droits de traduction, adaptation, arrangement ou toute autre modification du logiciel.

Ces droits sont généralement précisés par l'auteur dans le cadre d'un contrat de licence. Si l'utilisateur outrepassé les droits qui lui sont accordés, ces agissements constituent une contrefaçon de logiciel.

L'auteur de logiciel dispose de l'action en contrefaçon pour demander la condamnation du contrefacteur tant au plan civil que pénal.

La violation de l'un des droits de l'auteur est sanctionnée par une **amende de 150.000 euros et deux ans de prison**. Les sanctions peuvent atteindre **750.000 euros si le contrefacteur est une personne morale** (article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle).

Trois peines complémentaires peuvent, en outre, s'ajouter à ces sanctions principales. Il s'agit d'abord de la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction. Il s'agit ensuite, en toutes hypothèses, de la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon ainsi que du matériel destiné à la contrefaçon et des objets contrefaisants (article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle).

Enfin, la troisième peine complémentaire consiste en la publication du jugement.

Le délit de contrefaçon suppose, comme tout délit, une intention délictueuse. Mais, il faut savoir que la jurisprudence reconnaît que le fait matériel de contrefaçon crée, par lui-même, une présomption de mauvaise foi.

Ces sanctions pénales peuvent être, en outre, assorties de sanctions civiles. L'auteur peut réclamer, par exemple, le versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

¹ TGI Paris, 3^{ème} chb, 27.03.87, Expertises 1987, n°95, p.195, obs. Bloch.

AU SEIN DE L'ENTREPRISE : QUI EST RESPONSABLE ?

L'entreprise est responsable des infractions de contrefaçon si elles sont commises par ses organes ou représentants, pour son compte (articles L 335-8 du Code de la propriété intellectuelle et 121-2 du Nouveau Code de procédure pénale).

L'expression « *organe ou représentant de la personne morale* » peut s'appliquer notamment au Directeur Général et aux salariés exerçant les pouvoirs de celui-ci par voie de délégation.

Selon la doctrine, une personne morale ne peut pas se fonder sur le dépassement des pouvoirs de ses dirigeants pour exempter sa responsabilité.

Par ailleurs, la délégation de pouvoirs est un moyen de « *transférer* » la responsabilité pénale, par exemple, du Président à la Direction Générale sous réserve que celle-ci dispose de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour faire assurer le respect de la réglementation.

Outre l'auteur de la contrefaçon personne physique ou morale expressément visées par le Code de la propriété intellectuelle, les complice et receleur peuvent être également sanctionnés.

L'article L. 121-7 du nouveau Code pénal indique : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment par aide ou assistance en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

Quant au recel, il s'agit du fait de « *dissimuler* » ou « *de détenir* » une chose qui provient d'un crime ou délit voire d'en tirer profit.

* * * *

Afin d'éviter autant que faire ce peu les infractions aux droits d'auteur et de responsabiliser ses salariés, une association/entreprise peut adopter une charte d'utilisation du matériel informatique et du réseau internet.

Ce document remis à chaque salarié contre récépissé peut contenir des dispositions concernant : les conditions d'accès (interdiction d'établir une liaison personnelle modem, FAI, etc. à l'intérieur de l'association/entreprise) ; le respect des droits de propriété (réglementation de l'usage des logiciels, bases de données, etc. recueillis sur internet) ; le respect de l'intégrité des moyens informatiques (interdiction de modifier la configuration des postes et des moyens informatiques connectés, d'interrompre ou de modifier le fonctionnement normal du réseau, d'installer et d'utiliser sur un poste de l'association/entreprise des logiciels extérieurs à elle sur lesquels elle ne dispose d'aucun droit, etc.) ; l'obligation de rendre compte (informer le responsable informatique de tout événement suspect ou anormal comme un virus, une intrusion, etc.) ; la sanction des infractions à la charte, etc.

Cette solution, si elle peut contribuer à responsabiliser les salariés ne saurait toutefois suppléer à la négociation de contrats de licence et de maintenance complets et détaillés.

Cendrine Claviez
SCP Bignon Lebray Delsol & Associés
Avocat à la Cour

*Avocate au Barreau de Paris, au sein du Département NOUVELLES TECHNOLOGIES -
PROPRIETE INTELLECTUELLE - DROIT DE LA COMMUNICATION du Cabinet Bignon*

*Lebray Delsol & Associés animé par Maître Anne-Marie Pecoraro,
Cendrine Clavier est titulaire du DEA de Droit des Affaires de l'Université
Paris I et du DEA de Propriété Littéraire, artistique et industrielle de
l'Université Paris II.*