

Droit du commerce électronique, droit de l'informatique et droit d'auteur

Le droit de la propriété intellectuelle est source d'importants conflits dans le commerce électronique, qu'il s'agisse de contrefaçon ou de concurrence déloyale liés à la marque, au nom de domaine ou encore à l'image.

A ses débuts, le droit de la propriété intellectuelle correspondait à 80% du contentieux en matière de commerce électronique. Il est moins important mais, reste aujourd'hui assez conséquent.

Il est nécessaire de revenir sur ce qu'est le droit de la propriété intellectuelle (A), ce qu'on entend par droit d'auteur (B), quelles sont les prérogatives du titulaire d'un droit d'auteur (C) avant de s'interroger sur la question de la protection des droits d'auteur sur internet (D) et de l'exercice de ces mêmes droits sur le web (E).

A. Quid du droit de la propriété intellectuelle ?

Le droit d'auteur se définit comme le droit qu'ont les auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques dès leur création.

Le droit d'auteur comprend notamment le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle.

Le droit de la propriété littéraire et artistique se distingue notamment du droit de la propriété industrielle (marques, brevet, dessins et modèles) par le fait qu'il n'exige pas de dépôt pour faire naître un droit (article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle) alors qu'à l'inverse le droit ne naîtra en matière de propriété industrielle que suite à un acte juridique que constitue le dépôt.

A côté du droit d'auteur, il existe ce que l'on appelle les droits voisins du droit d'auteur.

Les droits voisins du droit d'auteur se définissent comme ceux qui confèrent un monopole d'exploitation sur un bien incorporel accordé aux auxiliaires de la création littéraire et artistique.

Ces droits voisins concernent, d'une part, les droits des artistes interprètes relatifs à ceux qui exécutent des œuvres littéraires et artistiques (chanteurs) et, d'autre part, le droit des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes qui sont ceux des producteurs de disques et de vidéos.

Les droits voisins sont des droits détenus par leurs titulaires pendant 50 ans après la première fixation sur un support de l'œuvre ou 50 ans après sa première divulgation.

Le droit d'auteur est, quant à lui, valable jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur ou du dernier des auteurs.

B. Qu'entend-t-on par droit d'auteur ?

Le droit d'auteur est conditionné par un critère d'originalité. Un droit d'auteur se définit comme une création intellectuelle qui a une forme d'expression remplissant la condition d'originalité, c'est-à-dire remplissant l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Cela peut-être une création musicale, littéraire. Il n'y a pas besoin d'un support physique, il faut seulement que ça soit exprimé (dans un discours par exemple).

Contrairement à une croyance erronée, le droit d'auteur n'a nul besoin d'être déposé ou enregistré pour être protégé (à l'inverse de la marque du dessin et modèle ou encore du brevet).

Aucune formalité n'est donc exigée pour bénéficier de la protection reconnue par le droit d'auteur : l'œuvre est protégée du seul fait de sa création. Nul besoin d'un dépôt, ni même d'apposition de la mention « copyright » ou « tous droits réservés » puisque, comme nous avons pu le voir, le droit d'auteur s'acquiert automatiquement dès que le l'œuvre est créée, sans autre formalité.

➤ Le dépôt est un simple moyen de preuve de l'antériorité

La mention copyright ou (©) suivie de l'année de première publication n'est donc pas nécessaire pour l'acquisition des droits d'auteur, mais elle est utile pour signaler aux tiers la date de création et informer ce dernier du fait qu'on entend se prévaloir de ses droits.

L'auteur peut également choisir de déposer son œuvre chez un notaire, un huissier, sur un site de dépôt électronique (par horodatage), auprès d'une société de gestion collective ou encore s'envoyer à lui-même ou à un tiers l'œuvre sous pli fermé avec accusé de réception sans ouvrir l'enveloppe lors de la réception, le cachet de la poste faisant foi.

L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

Les juges acceptent très facilement la condition d'originalité dès qu'il ne s'agit pas de la reproduction à l'identique de ce qui a été fait.

Ils ne tiennent pas compte du mérite pour apprécier le fait que le critère d'originalité existe. Toute œuvre qui remplit la condition d'originalité est par essence protégeable au titre du droit d'auteur.

La jurisprudence peut néanmoins considérer que la reproduction manuelle d'une création antérieure est une œuvre originale pour peu qu'elle porte la marque de son auteur.

Pour autant, il faudra respecter également les droits sur l'œuvre antérieure. Ce

sera le cas d'une adaptation cinématographique d'un livre, de samples musicaux (Ex : Harry Potter le livre (œuvre originale) et le film (œuvre seconde)).

Il n'est pas possible de prétendre avoir respecté les droits d'auteur sans avoir obtenu l'autorisation des auteurs de l'œuvre d'origine. Vous pouvez être poursuivi pour contrefaçon pour ne pas l'avoir fait.

Le propriétaire des droits est traditionnellement celui qui a créé l'œuvre, mais il peut y avoir des œuvres que l'on appelle des œuvres de collaboration où plusieurs personnes sont co-auteurs ou encore des œuvres collectives que l'on définit comme celles qui est « *créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ».

C. Quelles sont les prérogatives du titulaire d'un droit d'auteur ?

L'auteur bénéficie d'un droit patrimonial (1) et d'un droit moral (2)

1. Le droit patrimonial

Il bénéficie d'un droit patrimonial qui s'entend d'un monopole d'exploitation de l'œuvre.

Il s'agit d'un **droit de reproduction** consistant au fait de contrôler toute fixation matérielle de l'œuvre.

Il possède également **un droit de représentation** qui consiste en un droit pour l'auteur de contrôler toute communication au public de l'œuvre.

L'auteur peut donc contrôler la représentation de son œuvre au cinéma, au théâtre, dans un concert, sur Internet ou encore à la télévision.

L'auteur peut cependant procéder à la transmission des droits patrimoniaux. Cette transmission est conditionnée par l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

L'acte de cession des droits patrimoniaux doit être très précisément détaillé. Si celui-ci n'est pas assez précis, alors on considère qu'aucune autorisation n'a été donnée (et dans ce cas là, la personne qui exploite devient contrefacteur)

L'auteur bénéficie également d'un **droit de suite**. Il s'agit d'un droit de toucher un pourcentage sur la revente de l'œuvre quand il s'agit d'une oeuvre d'art originale graphique ou plastique.

La durée des droits patrimoniaux s'étend jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur ou du dernier des auteurs. C'est différent des droits voisins qui durent 50 ans et qui bénéficient aux auxiliaires de la création.

Passé ces délais, l'œuvre tombe dans le domaine public et tout le monde peut l'utiliser ; à la condition de respecter les droits moraux.

2. Le droit moral

Le droit moral est un droit qui a pour objet de protéger la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'est exprimée dans l'œuvre. Sa durée est perpétuelle. Ce droit est incessible. Il ne peut pas être cédé.

- a) **Le droit de divulgation** (seul l'auteur peut donner son accord pour que l'œuvre fasse l'objet d'une première divulgation)
- b) **Le droit au respect de l'œuvre** (droit au respect de l'esprit de l'œuvre, droit de contrôler le contexte dans lequel est utilisée l'œuvre (dans un œuvre érotique, dans une publicité)
- c) **Le droit à la paternité de l'œuvre** (droit à ce que le nom de l'auteur soit affiché lors de l'exploitation de son œuvre même s'il est possible d'y renoncer (ex : utilisation d'un nègre littéraire)
- d) **Le droit de retrait ou de repentir** (Droit de l'auteur de revenir sur un contrat par lequel il s'est engagé à accorder une exploitation, avant ou après le début de l'exploitation, moyennant une indemnisation suffisante du cocontractant).

D. La protection du droit d'auteur sur internet

On a souvent voulu présenter internet comme un moyen d'accès immatériel et planétaire aux œuvres dans lequel le droit d'auteur n'avait pas à s'appliquer. Ce raisonnement a été tenu surtout par des non juristes.

D'autres arguments ont été avancés pour soutenir que le droit d'auteur serait applicable par principe sur le réseau mais serait inadapté car dépourvu d'efficacité : impossibilité d'identifier les auteurs, d'engager des poursuites en raison de la dimension internationale du réseau. Le droit d'auteur serait, de facto, inapplicable en pratique à internet.

On peut toujours opposer également en opportunité que le droit d'auteur se justifie aussi par l'idée qu'il permet à l'auteur d'être rémunéré, de vivre de l'exploitation et d'être en situation de créer une nouvelle œuvre. S'il n'était pas protégé, l'auteur pourrait créer moins. Cela pourrait limiter le nombre d'œuvres nouvelles.

La révolution technique du réseau ne s'est accompagnée d'aucune révolution juridique. Les situations ont été réglées par applications des règles de droit d'auteur, règles suffisamment générales pour s'appliquer.

Il y a eu parfois des difficultés de qualifications, aujourd'hui surmontées. Même le Peer to Peer est pris en compte par le droit d'auteur, même les techniques les plus récentes relèvent de règles classiques du droit d'auteur.

Pour l'essentiel, ce sont les concepts de base qui ont été mis en œuvre et qui ont trouvé à s'appliquer.

L'article L.122-1 du code de la propriété intellectuelle énonce le contenu du monopole d'exploitation (droit de reproduction et de représentation).

L'article L.122-4 du CPI précise « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

Cet arsenal conçu en termes généraux permet de sanctionner les exploitations illicites d'œuvres sur le réseau.

1. Le droit de reproduction sur internet

L'article L.122-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que la reproduction consiste en la fixation matérielle de l'œuvre par tout procédé qui permet de la communiquer au public de manière indirecte.

La formulation de cet article laisse apparaître l'indifférence du changement de support. On distingue l'œuvre de son support matériel. L'auteur qui cède le support matériel ne cède aucun droit d'auteur.

On ne tiendra également pas compte du caractère permanent ou provisoire de la reproduction. Il s'agira de toute fixation matérielle même provisoire, un dessin sur le sable, une sculpture dans la glace, une apparition sur un site quelques heures sont des reproductions.

Indifférence aussi du caractère partiel ou non de la reproduction.

Il faut néanmoins que les caractéristiques originales de l'œuvre soient reproduites.

La question s'est déjà posée à propos des manipulations des œuvres musicales - sampling musicaux (*traitement des données d'une œuvre pour créer un nouveau morceau*).

Si on retrouve les caractéristiques originales d'une œuvre, on est tributaire de l'œuvre. Il faut retrouver une ou des caractéristiques de l'œuvre originale dans l'œuvre seconde. Le juge pourra recourir à l'expertise afin de déterminer si une ou des caractéristiques de l'œuvre se retrouve. On ne se réfère pas à l'utilisateur moyen.

2. L'application de ces règles aux actes accomplis sur internet

La 1ère décision en ce sens remonte au 14 août 1996. Par deux ordonnances de référé du TGI dans deux affaires dites Brel et Sardou.

Des étudiants de grandes écoles scientifiques avaient mis en ligne sur leur page personnelle des textes et des extraits musicaux de deux artistes, les titulaires des droits ont agi en justice après avoir fait constaté cela par l'Agence de Protection des Programmes. Les sites en cause étaient accessibles à tout utilisateur du réseau. Les titulaires ont saisi le juge des référés (juge de l'urgence) pour mettre fin à l'exploitation de l'œuvre. Ils prétendaient que le stockage numérique des œuvres sur les pages constituait des actes de reproduction et ont obtenu gain de cause.

Dans une affaire TGI, (ordonnance de référé) 5 mai 1997, affaire Queneau, une personne avait numérisé et installé sur son site une œuvre de Raymond Queneau « *mille milliard de poèmes* », sans l'autorisation du titulaire des droits et le tribunal a estimé que cette opération constituait une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle l'autorisation préalable de l'auteur. Une numérisation sans autorisation est illicite et constitue donc une contrefaçon.

Dans une Ordonnance de référé du 3 février 1998 du TGI Strasbourg, il s'agissait cette fois d'un conflit entre journalistes et éditeurs de presse dans une affaire sur les dernières nouvelles d'Alsace. La diffusion d'articles du journal papier sur la version web du journal qui n'avait pas été préalablement autorisée par les journalistes a été condamnée comme relevant d'une contrefaçon. Le juge a indiqué que la diffusion sur Internet de l'article est bien un nouveau mode de reproduction soumis à autorisation.

La question a donc été réglée par des conventions collectives, qui prévoient désormais des rémunérations supplémentaires pour les salariés, y compris pour les hypothèses où le journal serait ré-exploité dans son ensemble sur internet.

Dans certains cas, le droit d'auteur ne s'appliquera pas. Il permettra à quelqu'un de ne pas demander l'autorisation à l'auteur avant d'utiliser son œuvre.

3. Les exceptions au droit d'auteur

La loi sur le droit d'auteur comporte des exceptions prévues à l'article L.122-5 qui s'appliquent aussi bien au monde physique qu'à internet.

Le Traité de l'OMPI indique, en effet, que les exceptions traditionnelles ont vocation à s'appliquer aux réseaux. Il convient d'examiner les exceptions traditionnelles ainsi que les exceptions nouvelles issues de la loi du 1er août 2006 (loi DADVSI).

Toutes les exceptions au droit d'auteur sont énumérées à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

a. Exception de copie privée

L'article L. 122-5 al. 1 du CPI prévoit que lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire « *Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ».

S'agissant des logiciels et des bases de données numériques, il n'existe pas de droit à la copie privée, mais un droit à une copie de sauvegarde.

La reproduction d'une œuvre sur un site ne relève pas de l'exception de copie privée.

Les ordonnances de référé précitées dites Brel & Sardou ont retenu que la reproduction sur un site Internet d'une œuvre ne relève pas de la copie privée malgré l'argumentaire des défendeurs qui indiquaient n'avoir aucune volonté de communiquer au public les œuvres et qu'il s'agissait d'un simple usage personnel.

L'argumentation a été rejetée car des tiers pouvaient accéder à leur site privé. On doit considérer qu'offrir les moyens à des tiers de faire des reproductions exclut de fait l'exception de copie privée.

Logique car dans ce cas là l'usage n'était pas strictement réservé à l'utilisateur et à ses proches.

b. Exception de parodie

La parodie, le pastiche ou la caricature sont des exceptions au droit d'auteur, c'est-à-dire des exceptions, pour l'auteur de l'œuvre parodiée, à son droit d'autoriser ou d'interdire. Il ne pourra pas s'y opposer. En général, on parle de pastiche en matière littéraire, la parodie étant utilisée dans le domaine musical et la caricature dans le domaine des arts graphiques. Mais chacune de ces notions recouvrent bien la même chose : l'article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle dit bien que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ».

La loi du genre signifie que c'est la jurisprudence (c'est-à-dire les décisions de justice dans des affaires portées devant les tribunaux) qui va fixer les critères qui permettront d'appliquer ou non l'exception.

La Cour d'Appel de Paris s'est prononcée sur un cas intéressant le 18 février 2012. L'affaire concernait une collection intitulée « Les aventures de Saint Tin et de son ami Lou ».

Tout le monde a bien sûr reconnu dans ce titre l'Œuvre d'Hergé (Tintin).

La société Moulinsart, qui gère les droits sur les œuvres d'Hergé, avait attaqué la collection de Gordon Zola, du nom de l'auteur de la série, ainsi que son éditeur, le Léopard Masqué, pour contrefaçon des œuvres d'Hergé. Or, la Cour d'Appel a relevé une dimension parodique évidente, qui peut être d'emblée perçue à la lecture du titre et à la vue des couvertures, tous deux renseignant le lecteur sur la volonté des auteurs de faire rire. Les critères sont retenus : nous étions bien dans le pastiche.

Attention donc à bien rentrer dans cette définition du pastiche si vous voulez éviter la requalification en contrefaçon, ou en agissements parasitaires.

Ex : Publicité de la marque Renault parodiant une publicité de la marque Opel.

c. L'exception de courte citation

Selon l'article L.122-5 du CPI, il faut répondre à 3 critères pour pouvoir bénéficier de l'exception de courte citation :

1) Une citation courte :

Elle s'évaluera par rapport aux dimensions de l'œuvre citée, mais aussi de l'œuvre citante.

2) La citation doit être justifiée par certaines finalités de l'œuvre d'origine (critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information).

3) La citation doit être intégrée à une œuvre ayant une autonomie en dehors des citations.

Dans l'affaire Queneau (référé TGI Paris), le défendeur invoquait l'exception de copie privée et aussi l'exception de courte citation. Il lui a été répondu que c'était inopposable puisque l'œuvre était intégralement reproduite par petits morceaux et disponible pour tous.

Traditionnellement, on rejette cette exception pour les œuvres graphiques ou plastiques, car soit l'œuvre est intégralement reproduite, soit on porte atteinte à l'intégrité de l'œuvre (droit moral).

La loi a néanmoins intégré une exception légale pour les commissaires priseurs en 1997 puis en 2000 pour les ventes judiciaires.

d. L'exception d'information

Elle est prévue à l'article L.122-5 9° du Code de la propriété intellectuelle.

« La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur » est permise.

Cette exception vise à combattre la jurisprudence Utrillo : exposition sur Utrillo, qui avait fait l'objet d'un reportage.

La jurisprudence française a rejeté cette possibilité d'informer et condamné le défendeur pour contrefaçon.

L'alinéa 2 de l'article L. 122-5 9° précise que « Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information »

Cela sert notamment à empêcher qu'une photo de presse, qui est en soit une œuvre, puisse être librement exploitée par un tiers en prétendant bénéficier de l'exception d'information.

e. L'exception de revue de presse

Elle est possible à la condition qu'elle soit élaborée par un organe de presse (qui ne saurait s'opposer à l'utilisation réciproque de ses propres articles), que le regroupement soit organisé par thème ou événement et que la revue de presse respecte le droit moral et patrimonial des auteurs (citations courtes qui ne doivent pas dispenser le lecteur de lire l'article original, mention complète de l'auteur et de l'organe source permettant au lecteur de s'y reporter aisément).

f. Exception à des fins de conservation par des bibliothèques

L.122-5 8° du CPI.

« La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de

l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial » est permise.

g. Exception à des fins d'enseignement et de recherche

h. Exception en faveur des reproductions provisoires

L.122-5 6° du CPI.

Il autorise les fixations matérielles provisoires lorsqu'elles sont effectuées par des prestataires techniques afin de rendre possible la transmission (FAI etc..) ou qu'elles servent à une utilisation licite (cache d'un navigateur Internet etc...)
Lorsque l'acte de reproduction à un objet purement technique.

E. L'exercice des droits d'auteur sur internet

1 - L'exercice contractuel des droits

La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction et inversement.

Sur internet, il y a forcément les deux droits précités, donc il convient de bien s'assurer d'avoir obtenu les deux droits dans le cadre du contrat de cession.

Conformément à l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, les contrats de cession doivent être très précisément définis quant à l'étendue et l'objet de la transmission des droits.

Chaque droit cédé doit voir son étendue clairement définie. Pour satisfaire à cette obligation, mieux vaut établir la cession par écrit.

Le but est de protéger l'auteur dans la cession de ses droits, afin d'éviter que les exploitants s'arrogent des droits pour lesquels l'auteur n'a pas précisément accordé ses droits d'exploitation.

Si votre œuvre a vocation à être utilisée sur internet, il faut que l'exploitation en ligne soit clairement définie.

Concernant la question de rémunération de l'auteur (L.131-4 du CPI), en principe il s'agit d'une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de l'œuvre.

Il existe néanmoins des exceptions au principe permettant une rémunération forfaitaire.

Si l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ou encore si la base de calcul ne peut être pratiquement déterminée ou encore si les frais de calcul de la rémunération proportionnelle sont disproportionnés par rapport aux sommes à verser, on peut verser une rémunération forfaitaire.

(Il est par exemple difficile et impossible de déterminer la valeur de plusieurs œuvres sur une page Internet intégrée sur un site payant sur lequel figure un nombre important de contenus) – Dans cette hypothèse, la rémunération forfaitaire sera légitime.

2- L'exercice judiciaire des droits

a. La détermination du tribunal territorialement compétent

Internet pose par essence un problème de détermination du juge compétent et du droit applicable dans les situations comprenant un élément d'extranéité (délinquant se trouvant à l'étranger et un délit commis à l'égard d'un ressortissant français).

En matière de contrefaçon, si le contrefacteur a élu domicile dans un Etat membre de la communauté européenne, le juge compétent est désigné par application du

règlement Bruxelles I.

Le tribunal compétent est soit celui de l'Etat du défendeur (article 2), soit celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (article 5-3). Il est laissé libre choix au demandeur.

En France, l'article 46 du Code de procédure civile précise que :

Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur (article 42 du CPC) :

- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;

- en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ;

b. Critère d'accessibilité contre critère de la destination

Une affaire Roederer (Cass. 1e Civ. 9 décembre 2003) a d'abord installé un premier critère quand il s'agissait de déterminer quel tribunal devait être considéré comme compétent dans un différend présentant un élément d'extranéité (site litigieux situé à l'étranger).

Dans cette affaire, un site de commerce électronique espagnol vendait du mousseux sur son site, mais pas du tout à destination de la France. Le propriétaire de la marque en cause a décidé d'agir pour contrefaçon de sa marque devant le juge français.

La Cour de cassation a retenu que le fait que le site espagnol soit accessible en France via internet justifiait la compétence du juge français.

La décision était donc fondée sur **le critère de l'accessibilité** alors qu'il n'y avait pas ni fait générateur ni dommage reliés à la France.

Depuis un arrêt Hugo Boss (Cass. Com. 11 janvier 2005), les juges ont opéré un revirement de jurisprudence et retiennent désormais qu'il n'y a contrefaçon que si le service ou le produit vise spécifiquement le public de France.

Il s'agissait d'un conflit entre la marque Hugo Boss en France et une société allemande exploitant un site reproduisant la marque Hugo Boss pour désigner des vêtements.

Le critère de la destination est ainsi venu remplacer celui de l'accessibilité jugé trop incertain.

Pour la Cour de cassation, le site devait absolument viser le public de France pour que les actes en cause puissent être localisés en France.

La jurisprudence récente applique donc, et ce depuis 2006, la jurisprudence dite «

Hugo Boss » et le critère de la destination qu'elle a consacré lorsque se pose une question liée à la compétence des tribunaux pour des faits de contrefaçon commis par un site de commerce électronique étranger.

Par ailleurs, le juge français (en matière de contrefaçon notamment) ne sera compétent que pour réparer les préjudices subis sur le territoire français.

Exemple :

CA Paris 9 novembre 2007, eBay Canada :

Dans cette affaire, un artiste Français avait constaté que des articles contrefaisants ses œuvres étaient disponibles sur le site eBay Canada.

Constatant que deux oeuvres qui étaient la contrefaçon de ses tableaux étaient reproduites sur un site internet d'offres aux enchères publiques www.ebay.ca appartenant à la société eBay Inc et, après avoir fait procéder à un constat d'huissier le 7 juin 2005, Monsieur C. a fait assigner devant le tribunal de grande instance de Paris la société eBay Inc domiciliée à San José (Californie) sur le fondement de la contrefaçon.

La société eBay Inc, société de droit américain, estimant qu'aucun fait dommageable n'avait été commis en France, le site étant, selon elle, destiné à un seul public anglophone, a saisi le juge de la mise en état d'un incident d'exception d'incompétence.

Or considérant que, « comme l'a relevé le premier juge et comme le soutenait la société eBay Inc, les faits reprochés ont été constatés à partir d'un site www.ebay.ca destiné au public canadien, le terme "ca" étant un code rattachant le site concerné au marché du pays, ce code constituant une indication descriptive comprise par tout internaute ; que la clientèle visée par la reproduction et la représentation ainsi que par l'offre aux enchères, est une clientèle canadienne ou anglo-saxonne, et non une clientèle française, le prix étant libellé en dollars ou en livres sterling, les mentions portées en langue anglaise, les unités de mesures, anglo-saxonnes et les moyens de paiement, étrangers ; que même si les moyens de paiement internationaux peuvent être utilisés par des personnes d'autres pays (ce qui n'exclut pas des français), ce lien de rattachement est très occasionnel et ne suffit pas à caractériser le lien suffisant, substantiel ou significatif avec le territoire français ; que le site indique en outre qu'il existe des sites locaux d'accès (dont notamment la France) ; qu'il est ainsi manifeste que le site internet www.ebay.ca n'est pas destiné au public français ».

La Cour d'Appel de Paris a considéré que l'ordonnance prise par le Tribunal de Grande instance de Paris devait être confirmée en ce qu'elle retenait qu'il n'était pas compétent et renvoyait Monsieur C. à mieux se pourvoir ;

Le demandeur aurait dû saisir les tribunaux canadiens pour obtenir réparation, compte tenu des différents faisceaux d'indices susvisés.

Droit de l'informatique, droit d'auteur et logiciel

I. Qu'est-ce qu'un logiciel au sens de la loi ?

Le Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition du logiciel.

Il mentionne néanmoins le logiciel dans son article L. 112-2 qui donne une liste des œuvres protégées. « *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent Code :...13° (Loi n°94-361 du 10 mai 1994) les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* ».

Le logiciel est donc protégeable comme une œuvre de l'esprit par le droit d'auteur.

A. Le droit moral sur un logiciel

Logiciel, droit moral édulcoré au détriment de l'auteur

Le droit moral a, comme nous avons pu le voir précédemment, été créé dans le but de mieux protéger la personne du créateur et dans celui de permettre une meilleure maîtrise de la carrière de l'œuvre par ce dernier. Ce droit caractéristique du droit d'auteur est fortement mis à mal par les lois spécifiques intervenues en matière de logiciel. Le droit moral a en effet été, du fait de la convention de Berne en son article 6 bis, réduit à son strict minimum. L'article L. 46 de la loi du 3 juillet 1985, devenu l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, instaure, en effet, un régime dérogatoire à la loi de 1957, selon lequel **l'auteur ne peut sauf stipulation contraire, exercer son droit de repentir ou de retrait.**

Le droit de repentir et de retrait, normalement prévu à l'article L 121-4 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas effectif pour les créateurs de logiciel. Il ne leur est donc pas possible de faire valoir, de mettre fin à sa diffusion, ni de retoucher celui-ci, au motif qu'ils auraient des regrets. Il leur est donc impossible de revenir sur le lancement sur le marché d'un logiciel.

Le cessionnaire d'un logiciel n'a donc pas, à l'inverse du cessionnaire d'une œuvre soumise au droit commun, à supporter une atteinte à son droit de propriété sur l'œuvre qu'il a acquise.

Le droit moral est si peu important en matière de logiciel, que la Cour d'appel de Douai¹ a affirmé que dans ce cas, le droit moral se réduit au droit au nom.

Quelques prérogatives accordées à l'utilisateur final

Par ailleurs et par exception en matière de logiciels, la loi accorde un certain nombre

¹ Douai, 1^{re} ch., 1^{er} juillet. 1996, JCP éd. E 1997, I, n°657, n°1, obs. Vivant et Le Stanc, PIBD 1997, n°627, III, p. 129.

de prérogatives à l'utilisateur, sous réserve que leur exercice ne porte pas atteinte à l'exploitation normale du logiciel et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur du logiciel.

Sauf à ce que l'auteur se soit réservé contractuellement ce droit, il est permis à l'utilisateur final de corriger les erreurs du logiciel.

L'utilisateur peut également faire une copie du logiciel à des fins de sauvegarde exclusivement. Cette exception est généralement interprétée de façon à ce qu'un utilisateur ne puisse réaliser qu'une seule copie de sauvegarde lorsque cela s'avère nécessaire pour résoudre d'éventuels problèmes. La copie ne sera pas autorisée si le producteur du logiciel a lui-même prévu dans le contrat qu'il s'engage à livrer lui-même cette copie de sauvegarde ou à résoudre personnellement tout problème auquel serait confronté l'utilisateur.

Dès lors, toute copie qui ne correspond pas à une copie de sauvegarde est illicite. La copie de sauvegarde doit être appréciée comme une tolérance et non comme un droit à part entière.

L'acquéreur du logiciel peut également étudier le fonctionnement du logiciel afin de déterminer les idées et principes qui en sont à la base.

Il ne sera autorisé à décompiler le programme qu'à des fins d'interopérabilité strictement encadrées par la loi.

Ces différentes exceptions au droit d'auteur ne seront accordées qu'à une personne détentrice des originaux (et non d'une copie non autorisée des originaux).

B. Les droits patrimoniaux sur un logiciel

En matière informatique, il est extrêmement rare qu'un auteur travaille de manière libre et inspirée à la création d'un logiciel. Il est très souvent un salarié qui travaille dans le cadre d'un contrat de travail conformément aux instructions d'un employeur.

Des éditeurs de logiciels éditent la grande majorité des programmes d'ordinateurs à la vente.

La qualification d'œuvre logiciel entraîne dévolution automatique des droits patrimoniaux à l'éditeur.

C. A qui appartiennent les droits sur un logiciel créé dans le cadre d'un travail ?

S'agissant de la création de logiciels, l'article L.113-9 du code de propriété intellectuelle prévoit donc qu'il y a dévolution automatique des droits d'auteur à l'employeur, que le logiciel soit créé par le salarié dans l'exercice habituel de ses fonctions ou dans le cadre d'études qui lui sont spécifiquement confiées mais qui n'entrent pas dans son activité habituelle.

Cette disposition déroge au droit commun de la propriété littéraire et artistique pour attribuer ces droits à l'employeur au détriment du salarié.

Il faudra néanmoins remplir trois conditions préalables.

- 1) **Le créateur du logiciel devra être un salarié de l'entreprise**, ce qui exclut de fait les intérimaires, les développeurs employés par un prestataire externe ainsi que les stagiaires.
- 2) **Le créateur du logiciel devra avoir créé le logiciel dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur.**
- 3) Par ailleurs, **aucune clause de son contrat de travail ne doit pas avoir pour effet de priver d'effet les dispositions précitées.**

***A titre d'exemple concernant cette 3^{ème} condition,** sachez que dans un jugement du 4 juin 2014, le Conseil des prud'hommes de Paris n'a pas remis en cause la validité d'une clause de propriété intellectuelle d'un contrat de travail imposant à l'employeur de publier des logiciels sous licence libre développés par des salariés. Cette clause s'inscrivait dans le cadre de l'article L. 113-9 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit la dévolution automatique à l'employeur des droits patrimoniaux sur les logiciels développés par des salariés, sauf stipulations contraires. Or, dans cette affaire, la société avait accordé au salarié la co-propriété du code source de certains logiciels identifiés. Mais l'originalité de cette clause réside surtout dans le fait qu'elle s'applique à des logiciels libres, reconnus comme tels par l'employeur. Il y est écrit que les logiciels seront co-signés par l'employeur et le salarié qui s'engagent à mettre le code source à disposition ainsi que le logiciel sous licence GPL. L'employeur a cependant voulu remettre cette clause en question mais le salarié concerné n'a jamais signé l'avenant. Considérant que son ex-employeur n'avait pas respecté cette clause imposant la publication du logiciel, il a saisi le conseil des prud'hommes, à l'instar de deux autres collègues dans le même cas. Les conseillers, en nombre pair, n'ayant pu se mettre d'accord, un juge départiteur est intervenu pour les départager. Ils n'ont cependant pas tranché le fond du litige, au motif que les logiciels concernés n'avaient pas été cités précisément, bien que la clause vise chacun d'entre eux nommément. Le salarié n'a pas fait appel de la décision. Par ailleurs, son ex-employeur est en liquidation judiciaire.*

Si ces trois conditions sont remplies, l'employeur sera alors investi des droits d'exploiter le logiciel à sa guise. On parlera alors de dévolution automatique des droits, par opposition au droit de la propriété littéraire et artistique dans lequel seul un contrat de cession entre l'auteur et son cessionnaire formalise la transmission effective des droits.

D. Quels sont les éléments du logiciel protégés par le droit d'auteur ?

La protection s'étend non seulement aux logiciels en tant que programmes (software), mais aussi au matériel de conception préparatoire et de façon générale à tous les travaux aboutissant au développement du programme à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation du programme à un stade ultérieur.

Ce sont les séquences du programme qui bénéficient de la protection, c'est à dire les codes sources et les versions exécutables.

Par conséquent, il est permis de reprendre les mêmes solutions qu'un logiciel existant à condition que le nouveau logiciel soit complètement différent dans son architecture et dans son codage.

Important : Il ne suffira pas de modifier quelques lignes de code pour pouvoir prétendre ne pas avoir contrefait un logiciel et de la même manière. Il ne suffira pas de l'avoir fait pour pouvoir prétendre bénéficier à son tour d'un droit d'auteur eu égard au fait qu'on aurait rempli la condition d'originalité.

Certains éléments sont considérés comme des éléments informatiques à l'origine de la conception du logiciel qui ne présentent pas en tant que tels une forme. A ce titre, ils appartiennent au domaine de l'idée. Les idées étant de libre parcours, elles ne sont pas protégeables par le droit d'auteur.

Les éléments du logiciel non protégeables sont :

1. Les fonctionnalités
2. Les algorithmes
3. Les interfaces
4. Les langages de programmation

A l'inverse et à la condition de répondre à la condition d'originalité, sont protégeables :

1. L'architecture des programmes
2. Le code source
3. Le code objet (résultat de la compilation du code source)
4. Les différentes versions
5. Les écrans et modalités d'interactivité
6. Le matériel de conception préparatoire : ébauches, maquettes, prototypes, etc...)

E. Quid de la brevetabilité du logiciel ?

Certains pays parmi lesquels les Etats-Unis et le Japon possèdent des réglementations permettant l'octroi de brevets sur les logiciels.

En Europe, les législations des pays membres de l'Union européenne n'autorisent, pour la plupart, pas la délivrance de brevets pour « les logiciels en tant que tels ». En pratique, des brevets sont possibles et accordés pour les inventions mises en œuvre par l'intermédiaire d'un logiciel, c'est-à-dire quand le logiciel est lié à un système physique ayant un effet technique.

Dans ce cas, c'est le résultat qui est brevetable et non pas le logiciel stricto sensu.

La question de la brevetabilité du logiciel fait actuellement l'objet d'un vif débat entre les différents pays de l'Union Européenne afin d'harmoniser les différentes législations et de clore le débat définitivement.

En France, il n'y a pas de brevet de logiciel. Seul le droit d'auteur a vocation à s'appliquer. Puisque le droit d'auteur existe depuis la création de l'œuvre, Il sera déterminant d'apporter la preuve que le logiciel que vous prétendez avoir créé l'a été à partir d'une date certaine (enveloppe Soleau, dépôt électronique par horodatage des codes sources).

F. Qu'est-ce qu'un logiciel libre ?

Contrairement à ce que l'on peut penser de prime abord, le logiciel libre est compatible avec le droit et le droit français en particulier.

L'un des logiciels libres les plus connus est celui qui est offert par le biais de la célèbre Licence publique générale (GNU) ou General Public License, communément abrégé GNU GPL voire « GPL ».

Comme toute licence, conçue comme un droit d'utilisation d'un bien ou d'une œuvre (une sorte de location ou de droit d'usage) GNU GPL est une licence qui fixe les conditions légales de distributions de logiciels du projet GNU.

Même en dehors du projet GNU, cette licence a été adoptée comme le document référence définissant le mode d'utilisation, d'usage et de diffusion par de nombreux auteurs de logiciels libres.

1. Conciliation entre GNU GPL et droit d'auteur

Il n'est pas exact d'opposer systématiquement GNU et droit d'auteur.

La GPL a adopté la notion de Copyleft (subtil jeu de mot censé la distinguer du copyright – pendant anglo-saxon du droit d'auteur français).

Le Copyleft, comme le droit d'auteur ont vocation à définir et à encadrer les droits des utilisateurs de façon contraignante. Même si le mécanisme est très voisin, c'est l'objectif poursuivi qui diffère.

Nous avons pu voir précédemment que les droits patrimoniaux et moraux du droit d'auteur ont surtout pour objectif de protéger au mieux l'auteur et l'œuvre qu'il a créée ; Les utilisateurs n'ont qu'un droit à la copie de sauvegarde du logiciel.

Le Copyleft se concentre tout particulièrement sur le droit des utilisateurs. Il vise à leur accorder le droit d'utiliser, d'étudier, de modifier et de diffuser le logiciel et ses versions dérivées.

Là où vous seriez immédiatement attaquables pour contrefaçon devant les tribunaux dans l'hypothèse où vous modifieriez un logiciel lambda sans l'autorisation expresse de son auteur, le Copyleft prévu par le GPL vous permet de le faire à la condition de respecter un certain nombre de conditions.

L'idée d'un travail collaboratif ou contributif est sous jacente de la licence GPL.

2. Les principaux termes de la licence GPL

En acceptant la licence GPL, toute personne est à même de recevoir une copie d'un travail sous GPL.

Elle obtient le droit de modifier le travail, de l'étudier, de le redistribuer ou d'en redistribuer un modifié ou dérivé.

Le travail sous logiciel libre GPL peut être gratuit ou rémunéré à l'inverse d'autres licences qui interdisent la redistribution dans un but commercial.

En cas de modification du travail, le travail réalisé par le licencié doit impérativement être placé sous la même licence ce qui signifie qu'il devra accorder le droit (pour quelqu'un d'autre) de modifier le travail, de l'étudier, de le redistribuer ou d'en redistribuer un modifié ou dérivé.

Le droit de redistribuer ne sera garanti si et seulement si l'utilisateur fournit le code source de la version modifiée.

Il faut se soumettre aux conditions du Copyleft pour pouvoir bénéficier des droits de modifier et de redistribution interdits par le copyright et le droit d'auteur, mais permis par le Copyleft.

Si cette condition n'est pas respectée, il s'agira d'une contrefaçon.

De nombreux distributeurs de programmes fournissent les codes sources avec l'exécutable, mais la condition de fourniture des codes sources pourra être considérée comme remplie si lesdits codes sont fournis sur demande par le biais d'un CD ou encore sur internet par FTP, CVS etc...

Si on décide de modifier pour son compte personnel sans songer à redistribuer, l'obligation de communiquer les codes sources ne s'applique pas au motif que le Copyleft s'applique uniquement quand une personne a l'intention de redistribuer le programme.

Une version modifiée privée d'un CMS de site internet, par exemple, ne sera pas obligée de livrer ses codes sources à la condition que cette version ne soit pas redistribuée. Si elle venait à l'être, il faudrait alors donner accès aux codes sources.

Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé applicable la licence GPL (version 2) en France) par un jugement du 28 mars 2007.

Le litige portait sur un logiciel qui intégrait sans droit un logiciel sous licence GPL. Le Tribunal a retenu à propos du logiciel dérivé que : « Ce programme a la particularité de dépendre de la licence GNU qui permet une utilisation libre du logiciel mais requiert une licence si le travail basé sur le programme ne peut être identifié comme raisonnablement indépendant et doit être considéré comme dérivé du programme litigieux.

En conclusion, contrairement à l'idée reçue, le logiciel libre ne contrevient pas aux principes du droit d'auteur, mais, au contraire, exploite ceux-ci afin de garantir la libre circulation du code source modifié par les divers développeurs.

Le principe même des licences libres procède d'un paradoxe qui implique d'utiliser le droit d'auteur pour aboutir à une libre reproduction, résultat inverse au principe de restriction et d'autorisation accordé par le monopole du droit d'auteur.

Ce n'est pour autant pas une négation du droit d'auteur puisque la licence libre l'utilise pour arriver au résultat escompté.