

Chapitre 1 : Protection de la propriété intellectuelle par droit d'auteur

Le droit d'auteur est initialement un droit inhérent à la propriété intellectuelle traditionnelle. En effet, lorsqu'on évoque ce droit, on pense davantage à la production littéraire, artistique ou encore cinématographique. Mais l'apparition et le développement de l'informatique et par conséquent la création des différents supports informatiques n'a pas manqué de poser la question sur le problème de la protection de la propriété dans ce domaine. Les créateurs dans le domaine informatique ne pouvaient en effet rester sans protection tant le produit de leur création s'exposait au fur et à mesure à des appropriations illégitimes et illégales. De ce fait, les législateurs ont réfléchi au meilleur moyen d'assurer la protection de la propriété informatique contre les multiples atteintes dont elle a commencé à faire l'objet notamment à travers le piratage, la contrefaçon et la reproduction illicite.

En effet, la société moderne est largement tributaire de l'informatique. Logiciels et matériels informatiques sont indissociables dans la société d'information d'aujourd'hui. Ils occupent une place dans l'économie numérique puisqu'ils sont embarqués dans de nombreuses machines. Il ne fait aucun doute que la protection de la propriété intellectuelle est essentielle, non seulement pour l'industrie logicielle, mais pour toutes les autres industries.

Le législateur, de sa part, n'a pas précisé la notion de logiciel. Cet oubli est volontaire dans la mesure où il ne voulait pas enfermer le logiciel dans un cadre législatif. Il voulait permettre une adaptation plus efficace du droit d'auteur aux logiciels. C'est donc la jurisprudence française qui a délimité les contours de la notion.

D'un point de vue technique, le logiciel se définit comme un processus comprenant deux phases à savoir une phase d'analyse et une phase de programmation. La phase d'analyse comprend l'analyse fonctionnelle et organique. La phase de programmation consiste à rédiger des instructions dans un langage informatique ce qui se concrétise par le passage du code source au code objet qui permet de passer à une version automatisable par l'ordinateur de la solution donnée.

En langue française, le logiciel est défini comme étant l'ensemble des programmes, procédés, règles et éventuellement de la documentation relative au fonctionnement d'un ensemble de traitements de l'information.

La question de la protection des logiciels a donné lieu à de très nombreux débats. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de savoir quelle protection était accordée aux logiciels. Or la réponse n'était pas évidente puisqu'on pouvait hésiter entre une protection accordée via le droit des brevets, le droit d'auteur le droit des marques, celui des dessins et des modèles industriels ou encore créer un régime spécifique aux logiciels.

I. La protection des logiciels par le brevet d'invention

Les États-Unis, le Japon et l'Allemagne ont opté pour la protection par le droit des brevets. La brevetabilité nécessite généralement la réunion de 3 conditions :

1. La nouveauté : l'invention est nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.
2. L'activité inventive : une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si elle n'est pas évidente pour l'homme du métier.
3. L'application industrielle : une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie ou dans l'agriculture. Dans certains pays, on parle d'utilité.

Toutefois, il y a lieu de signaler que la loi 2000-84 du 24 août 2000 sur les brevets d'invention et ses décrets d'application ont expressément précisé que ne peuvent être considérées comme étant des inventions selon l'article 3 :

- Les créations purement ornementales
- Les découvertes et les théories scientifiques ainsi que les méthodes mathématiques
- Les plans, les principes et les méthodes destinés à être utilisés :
 - ❖ Dans l'exercice d'activités purement intellectuelles
 - ❖ En matière de jeux
 - ❖ Dans le domaine d'activités économiques
 - ❖ En matière de logiciels

Les raisons de l'exclusion d'une protection par le droit des brevets :

1. D'un point de vue technique et juridique, il aurait de plus difficile pour les praticiens d'apprécier l'état de la technique antérieure en matière de logiciel, les conditions de nouveauté et de l'activité inventive étant nécessaire pour prétendre à la brevetabilité d'une invention.
2. Le législateur Tunisien ainsi que toute législation qui a opté pour une protection par le droit d'auteur ont craint que les États-Unis n'inondent le marché de demandes de brevets et qu'ils bloquent ainsi la recherche dans le domaine.
3. Contrairement à une protection par le droit d'auteur dont la protection à l'international est automatique pour les 151 pays signataires de la convention de Berne et de Genève relatives à la PLA, la demande de brevet doit être déposée en principe dans chaque pays dans lequel une protection par brevet est souhaitée. De plus, la demande de brevet doit satisfaire à des conditions de forme et de fond.

4. Comparée à la durée de la protection par le droit d'auteur, la durée de la protection par brevet est beaucoup plus courte (20 ans à partir du dépôt de la demande de brevet).
5. Lors du dépôt d'un brevet, il est nécessaire de rédiger des revendications d'ordre technique pour délimiter le champ de la protection accordée. Or la rédaction de ces revendications se serait avérée très complexe dans le cadre des logiciels.

Pourquoi alors une brevetabilité des logiciels ? Les raisons sont multiples, mais l'une des principales est que la protection au titre du droit d'auteur ne s'étend qu'aux expressions et non pas aux idées, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.

Le droit d'auteur protège l'expression littérale des programmes d'ordinateur et non les idées qui leur sont sous-jacentes et qui la plupart du temps ont une valeur commerciale considérable.

Toutefois, l'exclusion de brevetabilité n'est pas absolue. La loi n'exclue le logiciel de la brevetabilité qu'en tant que telle. Cela signifie qu'il peut être protégé par le droit des brevets si une invention brevetée comprend ce logiciel alors il est indirectement protégé par le droit des brevets.

- **Éléments non protégés**

Les algorithmes, les interfaces, les langages de programmation. Tous ces éléments sont considérés comme des éléments informatiques.

- **Éléments protégés**

L'architecture des programmes, le code source, le code objet, le matériel de conception préparatoire (prototypes...) et la documentation de conception intégrée aux logiciels.

II. Protection des logiciels par le droit des dessins et des modèles industriels

Il y a mieux de signaler que cette protection ne peut être que marginale, car le dessin ou le modèle industriel ne peuvent trouver une application dans le domaine informatique qu'en tant qu'ultime recours. L'idée d'appliquer cette protection nous vient directement du droit américain qui a admis ce type d'appropriation pour les puces qui composent l'ordinateur. À cet effet, les jeux vidéo en sont un très bon exemple. En effet, dans ce cas de figure, ce qui est déposé en vue d'une protection, ce n'est pas le programme d'ordinateur permettant le bon déroulement du jeu vidéo, mais les dessins composant le graphisme particulier du jeu.

III. Protection des logiciels par le droit des marques

La protection des logiciels par le droit des marques reste envisageable, reste à savoir que le droit des marques ne crée des droits et donc de protection que sur le signe distinctif et non sur le produit concerné.

Il ne s'agit pas de protéger le logiciel en tant que tel, mais de protéger le nom du logiciel en question. Cependant, il existe quand même un intérêt de la marque pour le logiciel. Cet intérêt est avant tout commercial puisqu'il s'agit de protéger un produit qui est appelé à être répandu et d'éviter que d'autres entreprises utilisent le même nom pour commercialiser un produit voisin.

IV. Protection du logiciel par le droit d'auteur

Les logiciels sont de nouveaux biens. Or la notion de biens renvoie à la notion de valeur économique et de propriété. Le législateur tunisien a provisoirement tranché en décidant que les logiciels étaient désormais protégés par le droit d'auteur. En effet, la pratique contemporaine en matière de propriété intellectuelle s'est dirigée vers l'incorporation des logiciels informatiques dans la création littéraire et artistique. Et par la même occasion, étendre la protection en la matière, car elle s'est avérée un moyen approprié et efficace pour protéger les logiciels. Sur un plan général, la protection littéraire et artistique (PLA) permet la protection de tout écrit contre notamment la copie qui en l'espèce s'appelle plagiat et dorénavant contre le piratage lorsqu'il s'agit d'un support informatique. D'après l'article 1er de la loi n° 94 - 36 du 24/02/1994 relative à la PLA « le droit d'auteur couvre toute œuvre originale, littéraire, scientifique ou artistique quelle qu'en soit la valeur, la destination, le mode ou la forme d'expression ainsi que le titre de l'œuvre. » Par ailleurs, la loi de 1994 prend le soin d'énumérer les œuvres concernées par la protection via le droit d'auteur. Cette même loi a assimilé les programmes d'ordinateur à des œuvres de l'esprit. L'expression « droit d'auteur » désigne l'ensemble des prérogatives dont bénéficient les créateurs d'œuvre littéraire et artistique originale. Toutefois, les logiciels ont une vocation industrielle qui les distingue nettement des œuvres artistiques habituellement protégées par le droit d'auteur. C'est pourquoi les textes de base sont souvent assortis de dispositions dérogatoires spécifiques aux logiciels, il convient donc d'analyser aussi bien les conditions que les effets de la protection des logiciels par le droit d'auteur.

1. Les conditions de la protection

Les conditions de l'octroi du droit se caractérisent par deux éléments. L'absence de toute exigence de forme et l'existence d'une exigence de fond à savoir l'originalité de l'œuvre.

La loi de 1994 énonce que le créateur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre d'un droit d'auteur « du seul fait de sa création ». Ainsi, aucune formalité ou procédure n'est exigée. L'auteur du logiciel n'aura donc nul besoin d'effectuer un dépôt administratif de son programme, ni même de s'acquitter d'une taxe pour faire naître ou maintenir la protection. Toutefois, en

pratique, il peut se révéler intéressant de se préconstituer la preuve de la date de création du logiciel (pour démontrer son antériorité en cas de contentieux ou de litiges). Pour cela, l'auteur du logiciel pourra, s'il le souhaite effectuer un dépôt auprès de l'organisme tunisien pour la protection du droit d'auteur.

Ensuite, au fond, le logiciel ne peut être protégé par le droit d'auteur que s'il est original. La difficulté vient du fait que le législateur n'a pas défini les critères permettant de savoir dans quelles conditions il y a originalité. Cette dernière doit être démontrée au cas par cas en cas de contentieux. Or, si une telle démonstration peut sembler aisée concernant les œuvres littéraires et artistiques, elle l'est moins pour les logiciels en raison de leur caractère plus technique. Dans le cas des programmes, les critères d'originalité habituellement retenus sont difficilement transposables.

La définition traditionnellement donnée de l'originalité par la jurisprudence est qu'il s'agit de « l'empreinte de la personnalité de l'auteur ».

Il suffit que l'auteur ait une vision, une conception propre de sa création sans pour autant qu'elle soit nouvelle pour que l'œuvre soit protégée.

La difficulté pour le logiciel est que l'on imagine mal comment il serait possible d'exprimer sa personnalité par la création d'une ligne de code. Il fut nécessaire d'adapter au logiciel la définition de l'originalité, cette dernière est devenue « l'apport intellectuel de l'auteur qui consiste en un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante ».

2. L'étendue de la protection

En Tunisie, la durée de la protection comprend en principe pour les œuvres littéraires et artistiques toute la vie de l'auteur et 50 ans après son décès. L'article 47 de la loi de 1994 prévoit cependant une règle moins favorable à l'égard des titulaires des droits d'auteur sur le logiciel : la durée de la protection est de 25 ans à partir de la date de création du logiciel. Un logiciel est en effet rapidement obsolète, ce qui rend inutile une protection trop longue qui en plus pourrait permettre à certains auteurs d'imposer des contrats de services ou de maintenance d'une durée abusive et constituer une contrainte pour la recherche technique et la concurrence en maintenant un monopole d'exploitation sans objet.

3. Le régime des copies

Au terme de l'article 47, alinéa 1er « sauf stipulation contraire, toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde ainsi que toute utilisation du logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit est interdite ». Cet article interdit en premier lieu la copie privée du logiciel autorisant seulement la copie de sauvegarde.

Pourquoi une telle interdiction ? Tout simplement pour éviter que les auteurs du logiciel ne subissent de trop lourds préjudices financiers. Autre conséquence de cette disposition légale est l'interdiction de la location des logiciels. En revanche, la copie de sauvegarde est une protection nécessaire en informatique, c'est donc logiquement que le législateur autorise l'acquéreur du logiciel à faire une copie de sauvegarde. À la limite, cette copie peut même être fournie par le distributeur du logiciel lui-même en même temps que celui-ci. L'expression copie de sauvegarde reste cependant ambiguë. S'agit-il d'une seule copie ou de plusieurs ? Chacun sait qu'en matière de sécurité informatique, il est généralement souhaitable de procéder à plusieurs sauvegardes des programmes. La question n'est pas tranchée et aucune réponse ne peut être trouvée dans les travaux préparatoires.

4. Les effets de la protection : les droits moraux et patrimoniaux

Le droit d'auteur comporte un droit moral et un droit patrimonial.

Le droit moral est défini comme « le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ». Ce droit transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur est perpétuel, inaliénable, insaisissable et imprescriptible (ne se prescrit pas par le non-usage). Ces caractères contribuent à rendre le lien indéfectible entre l'auteur et son œuvre.

Là aussi le droit d'auteur s'est adapté au logiciel notamment en paralysant certaines attributions qui font en principe partie des attributions de l'auteur au titre de ses droits moraux. La finalité de la limitation est d'éviter un exercice débridé de ces droits notamment parce qu'ils sont perpétuels ; ceci vise à supprimer les entraves au développement du marché des logiciels. Seuls les droits de divulgation de l'œuvre et de paternité subsistent.

Le droit à la paternité de l'œuvre ou droit au nom : ce dernier permet à l'auteur d'exiger la mention de son nom et de ses qualités sur tout mode de publication de son œuvre.

Le droit de divulgation : qui permet à l'auteur de décider du moment et des conditions selon lesquels il livrera son œuvre au public.

Le droit moral est reconnu dans les conventions internationales de l'OMPI et dans le système anglo-saxon du copyright.

Toutefois, le droit au respect de l'œuvre (permettre à l'auteur de s'opposer à toute modification susceptible de dénaturer son œuvre) est limité, alors que celui de retrait ou de repentir (ce droit permet à l'auteur, nonobstant la cession de ses droits d'exploitation de faire cesser l'exploitation de son œuvre ou des droits cédés, à condition d'indemniser son contractant du préjudice causé) est totalement paralysé.

La loi affirme que « sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur du logiciel, celui-ci ne peut : 1°s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits(...) lorsqu'elle n'est pas préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation 2°exercer son droit de repentir ou de retrait. »

L'auteur dispose par ailleurs, et surtout, d'un droit patrimonial, ce qui en fait un droit à vocation économique. Le droit d'auteur présente trois caractères à savoir l'exclusivité, la cessibilité et la temporalité.

- L'exclusivité : confère au seul auteur la possibilité de fixer et de déterminer les conditions d'exploitation de son œuvre.

- La cessibilité : les droits patrimoniaux sont par ailleurs librement cessibles, à titre gratuit ou onéreux.
- La temporalité : contrairement au droit moral qui est perpétuel, les droits d'exploitation conférés aux auteurs sont limités dans le temps.

Concernant les droits patrimoniaux la loi prévoit trois prérogatives au bénéfice de l'auteur d'un logiciel, à savoir un droit de reproduction, de modification et de mise sur le marché :

- Le droit de reproduction applicable au logiciel, en tout moyen et sur toute forme : le changement, l'affichage, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur. Ce droit va au-delà du droit commun. En effet il permet à l'auteur d'avoir un monopole sur la fixation de l'œuvre sur tout support qui en permet la communication au public.

Contrairement au droit d'auteur classique, ce droit implique pour l'auteur du logiciel d'être protégé à la fois contre la reproduction permanente de son logiciel, mais aussi contre toute reproduction provisoire.

On considère que la reproduction est permanente lorsque le logiciel en conserve la copie, et qu'elle est provisoire lorsque le logiciel est reproduit dans la mémoire vive de l'ordinateur.

- Le droit de modification permet quant à lui à l'auteur du logiciel de s'opposer à la traduction, l'adaptation (le fait d'utiliser une œuvre première afin d'en tirer une œuvre deuxième), l'arrangement ou toute autre modification de son logiciel. Ces actes nécessitent en effet l'autorisation de l'auteur du logiciel, sous peine d'être déclaré contrefacteur.
- Le droit de mise sur le marché est totalement étranger au droit d'auteur classique. Cela signifie que l'auteur dispose du droit de mettre son logiciel sur le marché à titre onéreux ou gratuit. Ce droit est rattaché au droit de représentation ; celle-ci consiste dans la communication du logiciel au public par un procédé quelconque (démonstration du logiciel lors de rendez-vous commerciaux, des manifestations, des conférences ou dans des salons d'exposition).

5. Les conséquences juridiques de la protection

La reconnaissance d'un droit d'auteur sur un logiciel fait naître des droits moraux et patrimoniaux. Encore faut-il savoir qui est le propriétaire de ces prérogatives. En effet, les droits d'auteur sur un logiciel appartiennent à celui qui a pris l'initiative de le créer et de le réaliser. L'appartenance des droits dépend donc des conditions de réalisation dudit logiciel.

- **Le logiciel créé par une personne non salariée**

La titularité des droits ne soulève aucune difficulté quand le logiciel est créé par une personne seule et non-salariée. Mais le logiciel est souvent une œuvre de collaboration c.-à-d. une œuvre créée par plusieurs personnes ensemble. D'après l'article 18 de la loi de 1994 relative à la PLA « est dite de collaboration, l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques », le logiciel appartient à ces différents co-auteurs (le droit commun de l'indivision s'applique).

Lorsque le logiciel est une œuvre collective c.-à-d. « une œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie, la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers acteurs 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 », mais ce cas reste rare.

Il pourrait, enfin, être considéré comme une œuvre composite, c'est-à-dire une œuvre réalisée à partir d'une autre œuvre. L'œuvre nouvelle sera alors incorporée dans une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de l'œuvre originelle.

- **Le logiciel créé par un salarié**

Aux termes de l'article 44 de la loi « sauf stipulations contraires, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs »

La loi accorde bénéfice tous les droits reconnus aux auteurs à l'employeur lorsque le logiciel est créé par un ou plusieurs salariés dans leur profession, à moins d'une clause contraire. Le logiciel mis au point par le salarié en dehors du travail, mais dans le domaine d'activité de l'entreprise, à l'aide des connaissances données, des moyens qu'elle lui a procurés peut également appartenir à l'employeur.

Tout le problème réside dans l'interprétation de l'expression « dans l'exercice de ses fonctions » : nous rejoignons l'analyse selon laquelle un employé est dans ses fonctions lorsqu'il accomplit sa mission et non pas seulement parce qu'il obéit à une notion d'unité de temps et de lieu.

Cela implique que l'expression « dans l'exercice de ses fonctions » est particulièrement attractive et extensive.

Désormais l'ensemble des droits moraux et patrimoniaux sont transmis à l'employeur. La doctrine s'accorde à trouver normal le transfert des droits patrimoniaux à l'employeur, mais est beaucoup plus réticente en ce qui concerne le transfert des droits moraux eu égard au principe qu'ils sont attachés à la personne. On peut néanmoins estimer qu'un droit moral reste acquis pour le salarié, celui du respect du nom de l'auteur.

Il s'agit là d'une disposition importante introduite par la nouvelle loi (relativement contradictoire avec l'article 1 de la loi de 1994 qui attribue les droits sur l'œuvre à l'auteur). Il est clair que ladite loi innove puisque l'ensemble des droits moraux et patrimoniaux sont transmis à l'employeur.

Il appartiendra donc aux salariés créateurs de logiciels de négocier avec le futur employeur préalablement à l'embauche, la compensation financière de la perte de l'ensemble de leurs droits d'auteur.

Cependant, différentes situations paraissent lorsque le salarié se trouve dans une situation particulière :

- Le salarié peut faire un intérim dans l'entreprise. Son employeur n'est pas l'entreprise dans laquelle il exerce ses fonctions, mais l'entreprise de travail temporaire : qui donc sera propriétaire du logiciel créé par ce salarié l'employeur ou l'entreprise ? La logique économique voudrait que ce soit l'employeur alors que la logique juridique pencherait plutôt pour l'entreprise de travail temporaire.

À ce jour, la jurisprudence n'a pas dégagé de solution de principe.

- Le salarié peut être détaché dans une autre entreprise. Dans ce cas se pose la même question d'imputation du logiciel à l'un ou l'autre des employeurs. La jurisprudence opterait plutôt en faveur de l'employeur qui exerce le pouvoir de direction effectif dans le cadre du contrat de travail.

- **Le logiciel créé par un agent public**

Le droit de l'informatique s'intéresse encore peu au droit public et notamment au droit de la fonction publique. Néanmoins, la loi de 1994 relative à la PLA pose dans le dernier alinéa de son article 44 le problème de la paternité des logiciels créés par un agent public.

Il faut rappeler d'abord que l'agent public se trouve dans une situation statutaire et non contractuelle. Le statut s'impose à lui sans qu'il puisse en discuter les clauses comme un contrat de droit privé.

L'article 44 stipule : « ...le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs...les dispositions ...sont également applicables aux agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif ».

Mais l'agent public peut être soit un fonctionnaire titulaire, soit un contractuel. La question que l'on pourrait se poser est néanmoins : quelle est la nature de l'obligation de faire qui pèse sur un informaticien contractuel de l'administration (bien que le recours à l'agent contractuel reste exceptionnel) : s'agit-il d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultats ?

Rappelons que le contrat bien qu'à durée déterminée est un contrat de droit public ce qui veut dire que le statut de droit public s'applique de la même façon aux agents titulaires qu'aux agents contractuels et toute contestation est soumise aux juridictions administratives.

Il faut aussi rappeler que le droit de la fonction publique admet le licenciement pour insuffisance professionnelle. On peut estimer que l'obligation tendra rarement vers une obligation de résultats pour la simple raison que l'administration n'a pas créé un corps d'informaticiens et si elle recrute un contractuel de haut niveau pour qu'il ait obligation de résultats, il faudrait que celui-ci soit recruté en vertu d'une mission bien précise.

- **Le logiciel créé par un enseignant**

Les enseignants se trouvent dans une situation particulièrement ambiguë : en tant que spécialistes d'une discipline, rien ne les empêche de rédiger un manuel scolaire et de céder

leurs droits d'auteur à un éditeur spécialisé, par contre, s'ils décident de réaliser un didacticiel, quel régime lui appliquera-t-on ?

Logiquement, la propriété de ce didacticiel est transférée à l'État dans la mesure où il a été rédigé dans l'exercice des fonctions de l'enseignant c.-à-d. dans la mesure où il a été réalisé dans la discipline (ou les disciplines) enseignée par ce professeur. D'autant plus que, l'État investit dans la formation des enseignants surtout dans le domaine de l'informatique (stages, formations...) et qu'il est juste qu'il souhaite récupérer une partie de l'investissement effectué.

- **Les logiciels de commande**

Une entreprise peut s'adresser à une société de service pour lui demander de mettre au point un logiciel spécifique. Aux termes de l'article 44 de la loi tunisienne du 24 février 1994 « sauf stipulation contractuelle contraire, le logiciel réalisé sur commande et la documentation ayant servi à sa réalisation demeurent la propriété du producteur ».

La loi semble viser le cas des logiciels créés par des sociétés de service et d'ingénierie en informatique : les droits restent à l'entreprise qui a créé le logiciel.

Si en revanche, la mise au point du logiciel a été l'objet d'une œuvre de collaboration entre la société de services et l'entreprise, c.-à-d. si le personnel de cette dernière a activement participé à son élaboration alors la propriété du logiciel peut appartenir au client.

V. Le monopole d'exploitation des logiciels : les licences

Les licences de logiciels sont très répandues en pratique. Ce terme uniformément employé recouvre en vérité des réalités très diverses. Par licence, on peut désigner des contrats souscrits par un grand nombre d'utilisateurs, sans soucis d'exclusivité, et qui ont pour objet de concéder un simple droit d'usage sur un logiciel « standard », dont les fonctions sont strictement prédéfinies. On trouve également des licences visant la réalisation, sur commande, de logiciels spécifiques et originaux, en contrepartie de la cession exclusive des droits patrimoniaux sur le log.

Cette diversité des conventions nommées licences explique les difficultés rencontrées pour en déterminer la nature juridique. S'agit-il de ventes, de louage, de prêt ? Les auteurs et la jurisprudence sont divisés sur cette question, qui a pourtant d'importantes incidences pratiques. En effet, la qualification juridique retenue conditionne le régime juridique applicable ; par exemple, si la convention est considérée comme une vente, la garantie des vices cachés aux termes du Code civil lui sera appliquée. Les juges devront donc trancher et décider de la nature juridique en fonction de l'économie du contrat. Les termes employés par les parties ou même le titre choisi pour dénommer le contrat ne lient pas le magistrat.

Une catégorie particulière : la licence de logiciel libre

On désigne comme "libre" un logiciel disponible sous forme de code source (différent de code exécutable) c'est-à-dire un logiciel dont l'architecture interne est partagée et diffusée librement. L'utilisateur d'un logiciel dit "libre" est autorisé à le modifier, le corriger, l'adapter.

Pour la majorité de la doctrine, le créateur d'un tel logiciel n'abandonne pas ses droits d'auteur, mais concède seulement à chacun le droit d'utiliser son œuvre à condition que toutes les améliorations soient rendues publiques et que le logiciel ainsi modifié circule librement.

Le logiciel libre (différent du logiciel propriétaire) ne doit donc pas être confondu avec :

- Le logiciel dans le domaine public sur lequel l'auteur a renoncé à tous ses droits
- Le freeware, ce logiciel gratuit qui peut être copié et distribué librement, mais dont le code source n'est pas disponible
- Le shareware, qui est un logiciel que l'on peut utiliser gratuitement pendant une période donnée. Après la période d'essai, il sera nécessaire de payer une contribution à son auteur pour pouvoir continuer de l'utiliser. L'auteur d'un logiciel qui sera qualifié de "libre" concède donc à l'utilisateur un droit d'usage et de modification de son œuvre, mais dans un cadre juridique spécifique c'est-à-dire par le biais de licences.

Linux (système d'exploitation), Bind (service de nom de domaine sécurisé), Sendmail (gestionnaire de messagerie), Apache (serveur)... autant de noms qui sont devenus célèbres dans le paysage informatique, notamment sur Internet et également dans les entreprises et les administrations.

Ces logiciels ont un point commun : ce sont tous des logiciels libres (free software), c'est-à-dire des logiciels fournis avec leur code source.

1. définition du logiciel libre

A) Un rappel historique

C'est à partir de 1985 que la notion de logiciel libre prend toute sa signification.

À l'époque, les équipes de recherches du laboratoire d'Intelligence Artificielle de l'Institut de Technologie du Massachusetts (MIT) ont l'habitude de partager leur système d'exploitation avec les autres universitaires.

Le système d'exploitation n'est pas seulement disponible dans sa version exécutable. Son code source est laissé à la libre disposition des universitaires qui l'adaptent à leurs besoins. Richard Stallman travaille au MIT et décide alors de donner de l'ampleur à ce phénomène : il quitte son poste de chercheur à l'université et se consacre entièrement à son association nouvellement créée : la Free Software Foundation (FSF).

Le but de cette association à but non lucratif est de faire partager un logiciel à un plus grand nombre de personnes. La FSF s'associe avec Linux pour créer un système informatique complet et libre. Depuis, le logiciel libre n'a pas cessé de faire des émules à travers le monde. Par la suite, une autre association a vu le jour : l'Open Source Initiative (OSI). Il est à noter que les partisans du « Free Software » s'attachent à l'importance de la liberté du logiciel, tandis que les partisans de « l'Open Source » ont une optique plus commerciale et mettent l'accent sur le modèle technique de développement de logiciel.

B) Les quatre libertés à retenir

Selon la langue française, le logiciel se définit comme étant « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ».

Cette définition correspond aussi bien aux logiciels propriétaires qu'aux logiciels libres. Selon la Free Software Foundation, le logiciel libre est un logiciel fourni avec l'autorisation pour quiconque de l'utiliser, de le copier et de le distribuer.

Le logiciel libre est réputé respecter les quatre libertés suivantes :

- **Liberté 0** : Liberté d'exécuter le programme. Cette liberté est intitulée zéro car elle est commune à la liberté qu'a tout utilisateur d'un logiciel propriétaire et d'un logiciel libre.
- **Liberté 1** : Liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter aux besoins. L'accès au code source est donc indispensable pour faciliter l'exercice de cette liberté. Il est bon de rappeler que le code source est l'ensemble des instructions écrites dans un langage de programmation informatique compréhensible par les êtres humains. Pour être utilisable par l'ordinateur, le code source doit être compilé, c'est-à-dire transformé en code binaire exécutable par la machine.
- **Liberté 2** : Liberté de redistribuer des copies, donc de partager le logiciel avec la communauté.
- **Liberté 3** : Liberté d'améliorer le programme, de publier les améliorations pour en faire profiter la communauté. Là encore, l'accès au code source est une condition indispensable. En conséquence, l'auteur d'un logiciel propriétaire peut interdire à l'utilisateur :
 - D'utiliser le logiciel pour d'autres usages que ceux pour lesquels il a acquis les droits.
 - D'étudier le code source.
 - De copier et de redistribuer des copies du logiciel.
 - De modifier le logiciel.

En règle générale, l'accès au code source d'un logiciel dit propriétaire est impossible.

Cependant, la seule mise à disposition de ce code ne rend pas libre un logiciel propriétaire.

Le logiciel est libre, mais cela ne signifie pas qu'il soit gratuit. Il est nécessaire de combattre cette idée reçue ! Le logiciel libre peut très bien être commercialisé et être source de profit pour son créateur.

Certes le logiciel libre est une expression fréquente de nos jours, mais dont peu de gens appréhendent l'étendue. Il est pourtant nécessaire de bien connaître la notion de logiciel libre pour déterminer quels sont ses enjeux juridiques.

Ses enjeux dépendent de la protection octroyée à ce dernier : libre ne veut pas dire zone de non-droit où tout est permis. Le logiciel libre doit être protégé par le droit afin de limiter les abus.

2. Les enjeux juridiques du logiciel libre

A) La protection classique du logiciel libre par le droit d'auteur.

Le logiciel libre est considéré comme une œuvre de l'esprit originale et donc protégeable par le droit d'auteur (article 1er de la loi 1994-36 relative à la du PLA).

Il est à souligner que le logiciel libre est rarement le travail d'une seule personne. Le code source étant libre d'accès, les personnes ont la possibilité de modifier le logiciel. Elles sont obligées par la suite de faire connaître leur contribution aux autres membres de la communauté.

Tout d'abord, le logiciel libre est par essence le travail de plusieurs personnes. Le logiciel libre peut dans peu de cas être une œuvre collective. Il est le plus souvent considéré comme une œuvre de collaboration. Il pourrait, enfin, être considéré comme une œuvre composite.

Contrairement à une idée reçue, ce n'est pas parce que l'auteur original d'un logiciel libre permet le libre usage, la reproduction, la modification, la distribution de son logiciel modifié ou non, qu'il renonce à ses droits patrimoniaux et moraux.

En effet, la doctrine affirme que le droit moral perdure. D'ailleurs, de plus en plus de logiciels libres prévoient une mention indiquant le nom de l'auteur ou une modification éventuelle dudit logiciel. Par exemple, Apache prévoit que soit mentionné l'auteur du logiciel originaire.

D'autant plus que la cession par un auteur des droits patrimoniaux sur son œuvre est rétribuée proportionnellement aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Toutefois, la prise en compte de la nature industrielle des programmes d'ordinateur a conduit le législateur à édicter une exception à cette règle spécifiquement pour les logiciels. En effet, la loi permet la rémunération forfaitaire de l'auteur du logiciel. Ce mode de rétribution peut prendre des formes diverses : paiement forfaitaire unique ou paiement échelonné à échéances fixes.

D'autre part, on ne peut pas tout faire avec un logiciel libre, il n'est pas non plus libre de droit. La mise à disposition du code source est généralement aménagée dans un contrat de licence. Ce contrat organise l'utilisation du logiciel et ses éventuelles modifications.

B) La protection complémentaire du logiciel libre par le droit des contrats

Le logiciel libre, comme le logiciel propriétaire, s'accompagne d'une licence d'utilisation. La plus connue est la licence GNU GPL dont Richard Stallman, fondateur de la Free Software Foundation, est l'instigateur.

En particulier, la loi entoure de formalisme l'acte de cession (mention distincte de chacun des droits cédés dans l'acte de cession, délimitation rigoureuse du domaine d'exploitation des droits cédés

La doctrine considère que ce contrat de licence est un contrat de louage lorsqu'il est concédé à titre onéreux ou comme étant un contrat de prêt lorsqu'il est concédé à titre gratuit. Il n'est aucunement un contrat de vente. Le licencié n'est pas propriétaire du logiciel, mais seulement du support de ce logiciel. Comme tout contrat, il est nécessaire que les conditions de fond soient respectées :

- Le consentement (en général, le contrat de licence est inclus dans le logiciel, sur Internet, l'acceptation peut se faire en un simple clic). Il est donc nécessaire d'être extrêmement vigilant lorsque l'utilisateur accepte un tel contrat de licence.
- La capacité de contracter : il faut être majeur et être titulaire des droits sur le logiciel libre et son utilisation que l'on concède.
- Un objet certain : il s'agit du logiciel avec son code source.
- Une cause licite : la cause subjective (les motifs pour lesquels les parties contractent) et la cause objective (raison commune à tout type de contrat) doivent être conformes à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs.

De ce contrat découlent des obligations, notamment pour l'utilisateur du logiciel. Les facultés de l'utilisateur du logiciel sont en fonction des clauses du contrat de licence. C'est le principe traditionnel de la liberté contractuelle qui s'applique. Ce dernier doit faire partager aux

autres membres de la communauté « logiciel libre » les modifications qu'il aurait apportées au dit logiciel. Le contrat de licence peut également prévoir diverses obligations pour l'utilisateur du logiciel. Par exemple, il est possible de prévoir conventionnellement une clause de confidentialité (secret). De même, les contrats de licence interdisent fréquemment à l'utilisateur de céder ses droits d'utilisation à un tiers. En cas de violation par le bénéficiaire de la licence de ces diverses obligations contractuelles, celui-ci engagera sa responsabilité contractuelle et pourra s'exposer à la résiliation du contrat de licence pour inexécution de ses obligations. Dans ce cas, l'utilisateur devra restituer l'intégralité des exemplaires du logiciel qui lui ont été fournis ainsi que la copie de sauvegarde qu'il aurait réalisée. Dans certains cas, les violations des obligations contractuelles du bénéficiaire de la licence de logiciel peuvent être analysées comme des actes de contrefaçon ; le bénéficiaire s'expose alors aux condamnations pénales prévues pour ce délit. La Cour de cassation française a, par exemple, jugé coupables de contrefaçon les bénéficiaires d'une licence qui avaient commercialisé ce produit en France alors que le contrat spécifiait que la concession des droits n'était valable que pour le Canada.

Pour la personne qui transmet la licence, elle devrait concéder un logiciel performant ne présentant pas de bugs. Mais la plupart du temps, des clauses exonératoires de garantie et de responsabilité sont prévues.

Ces clauses peuvent, au regard du droit et notamment du Code de la consommation, être considérées comme abusives. Il est donc recommandé que les utilisateurs qui acquièrent un logiciel libre et acceptent la licence y afférente fassent très attention aux clauses prévues dans ladite licence.

Face à cette insécurité juridique latente (clause de non garantie et clause exonératoire de responsabilité présentes dans la plupart des licences de logiciels libres), le CNRS (Centre National de Recherche Scientifique), le CEA (Commissariat à l'Énergie Atomique) et l'INRIA (Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique) ont publié, le 5 juillet 2004, la version 1.0 de la première licence française de logiciel libre : la CeCILL. Cette licence française se veut protectrice des droits des consommateurs ; elle prévoit, contrairement à la licence la plus utilisée GNU GPL, des clauses de garantie et de responsabilité.

3. Freeware, shareware et careware

Imaginons que vous dirigiez une société, et que vous ayez besoin de la dernière version d'un logiciel de gestion. Plutôt que d'acheter en magasin ce logiciel, vous choisissez de le télécharger, en version shareware, sur une des centaines de sites Internet qui propose gratuitement les dernières versions des logiciels les plus demandés. À la fin de la période d'essai de 30 jours, vous négligez de régler la licence de ce logiciel. Êtes-vous en infraction par rapport à la loi tunisienne ? Quelles sont les différences entre freeware (gratuitiel), shareware (partagiciel) et careware ?

Le principe du shareware (partagiciel) est très simple : un auteur propose une version complète de son logiciel afin que les utilisateurs puissent le tester sans risque. Généralement les programmes ne sont pas bridés. Ils sont donc parfaitement utilisables. Parfois la version payée possède des fonctionnalités supplémentaires. Certains peuvent être accompagnés d'écrans de rappel du principe du shareware qui disparaîtront avec le paiement de la licence.

Selon le droit tunisien, la reproduction et la distribution, même gratuite, d'un logiciel protégé (shareware) est un délit de contrefaçon qui est prévu et réprimé par l'article 52 et suivants de la loi de 1994 relative à la PLA. La loi prévoit une amende de 500 à 5000 Dt tunisien. La peine de prison de 1 à 6 mois n'est prévue qu'en cas de récidive. D'autres sanctions sont prévues comme la confiscation du ou des logiciels, la publication du jugement ...

Attention : ceci ne s'applique que si vous exécutez le fichier exécutable de l'application. Vous avez le droit de garder ce fichier aussi longtemps que vous voulez sur votre disque dur, de le copier ou de l'envoyer à des tiers à partir du moment où vous ne l'exécutez pas. Si vous exécutez, sans régler à l'auteur la licence d'utilisation (après le délai de 30 jours généralement fixé) un logiciel en version shareware, vous risquez d'être condamné pour contrefaçon.

En effet, si chacun a le droit de faire une copie dite de sauvegarde de ses logiciels régulièrement acquis, ce procédé est illégal quand il s'agit de copier (ou de garder sur son ordinateur passé le délai de 30 jours) un logiciel dont les droits de licence ne sont pas acquittés. Par rapport aux peines encourues, les copies disponibles de logiciels sur le réseau perdent ainsi leur caractère de "gratuité". De plus, télécharger un logiciel laisse plus de traces qu'on ne veut bien le croire.

Par contre vous pouvez utiliser et copier sans aucun problème un logiciel en version freeware ou careware.

L'auteur du logiciel en version freeware (gratuitiel) ne demande pas une rémunération en espèces, mais une collaboration intellectuelle ou relationnelle sans réclamer de redevances pour son logiciel dont il reste le propriétaire.

Une nouvelle catégorie de logiciel est apparue récemment : il s'agit du careware. L'auteur du logiciel réclame un échange équitable n'impliquant pas de l'argent, mais un effort selon le type de transaction. L'utilisateur règle "justement" selon sa capacité et selon ce qui lui est demandé.

VI. La portée de la loi de 1994

Les logiciels « étrangers » (c.-à-d. créés en dehors du territoire tunisien) sont protégés sous condition. La condition posée est une condition de réciprocité ce qui paraît logique. Supposons qu'un pays ne reconnaisse pas la protection par le droit d'auteur sur son territoire, on voit mal comment un ressortissant de ce pays pourrait se prévaloir de cette protection sur le territoire tunisien.

La réciprocité se trouve sans problème dans les pays adhérents à la convention de Genève ou à la convention de Berne. Pour les pays n'adhérant pas à ces deux conventions, la loi a posé le principe du traitement national. Les étrangers bénéficient de la même protection sur leurs logiciels que les Tunisiens à condition que le pays concerné accorde une protection équivalente aux œuvres de ressortissants tunisiens et c'est le ministre chargé de la culture qui déterminera les pays concernés. Dans ce cas, soit un accord particulier avec la Tunisie sera nécessaire, soit ils devront accorder localement la protection par le droit d'auteur aux logiciels tunisiens.

Il est néanmoins conseillé d'apposer sur le logiciel le symbole © accompagné du nom de l'auteur et de l'indication de la première année de publication.

VII. La poursuite en contrefaçon

Les droits d'auteur sont accordés à l'auteur. La qualité d'auteur appartient à la personne ou aux personnes qui ont réalisé la création intellectuelle de l'œuvre. La loi pose une présomption en faveur de celui ou ceux sous le nom duquel ou desquels l'œuvre est divulguée, par application d'un principe de vérité. Toutefois, il s'agit d'une présomption simple. La preuve contraire peut donc être rapportée et, est libre puisqu'il s'agit de prouver un fait. Elle peut donc être rapportée par tout moyen.

En matière de droit d'auteur, quel que soit le domaine de l'activité, la contrefaçon qui est le fait de reproduire, copier illégalement une œuvre constitue un délit pénal et un délit civil. Ce délit sera constitué dès lors que sont violées les dispositions relatives à la propriété des auteurs (droits moraux et patrimoniaux). Ce délit sanctionne donc le non-respect des droits d'auteur. Les actes de contrefaçon en matière de logiciels sont variés : reproduction pure et simple, partielle ou totale, atteinte aux droits patrimoniaux ou moraux de l'auteur. Une seule exception est prévue par la loi : la copie de sauvegarde qui sur le fondement de l'article 46 de la loi de 1994 sur la PLA échappe à la qualification de contrefaçon.

À l'instar de tous les délits, la contrefaçon se prescrit par 3 années. L'action en contrefaçon peut être exercée par l'auteur ou le cessionnaire des droits sur le logiciel, mais pas par l'utilisateur qui ne détient qu'un simple droit d'usage ni le commerçant, le vendeur ou le distributeur.

L'intention n'est pas obligatoire pour constituer le délit civil ; en revanche, elle est indispensable en pénal et est assez souvent déduite voir présumée des faits. Exemple : le fait de trouver une personne en possession d'un certain nombre de copies.

Le support de la contrefaçon importe peu ; il peut en effet s'agir d'un support matériel (une disquette, disque dur) ou d'un support immatériel, c'est ainsi qu'un site Internet peut être un lien de contrefaçon.

La preuve de l'acte de contrefaçon peut être rapportée par tous les moyens. Toutefois, cette démonstration en matière de logiciels n'est souvent pas aisée en particulier lorsque l'originalité n'est pas imitée à l'authentique par le contrefacteur (pas de reproduction des lignes de code d'une manière strictement identique. Afin de déterminer s'il y a ou pas contrefaçon, l'expertise est un passage obligatoire pour le juge.

Le contrefacteur d'un logiciel est puni, sur le fondement de l'article 52 de la loi de 1994 sur la PLA, d'une amende de 500 à 5000 dinars et en cas de récidive, l'amende peut être élevée à 10.000 dinars à laquelle peut être adjointe une peine d'emprisonnement à six mois. Le juge peut ne prononcer que l'une des deux peines seulement. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'en pratique les condamnations pour contrefaçon de logiciels sont rares.

Il est à noter cependant que la loi tunisienne est plus clément que la loi française puisque celle-ci prévoit que le contrefacteur d'un logiciel encoure, selon l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, une peine de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Des peines complémentaires sont également prévues aux articles L. 335-5 et L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle : fermeture de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction, confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction et du matériel contrefaisant, affichage et publication du jugement prononçant la condamnation.