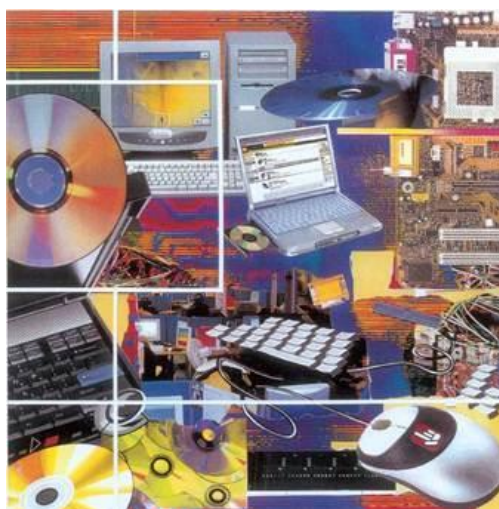




TELECOM PARISTECH



COURS

PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LOGICIELS

07 Avril 2015



Sommaire analytique

1. La protection du logiciel par le droit d'auteur 3

1.1	L'objet de la protection	4
1.1.1	L'idée et la forme	4
1.1.2	Les œuvres informatiques	7
1.2	La condition d'originalité	15
1.3	Les différents types d'œuvres	17
1.3.1	Les œuvres complexes	17
1.3.2	Les créations salariées	19
1.4	Le droit moral	25
1.5	La durée de protection	27
1.6	Le dépôt du logiciel	28
1.6.1	L'intérêt du dépôt privé	28
1.6.2	L'objet du dépôt	30
1.6.3	Les diverses formes de dépôt du logiciel	31
1.7	Les mentions particulières	35
1.8	Les pièges techniques	36
1.9	Les mesures techniques	37

2. Le droit d'exploitation du logiciel 38

2.1	Le droit d'exploitation	38
2.1.1	Le droit de reproduction	38
2.1.2	Le droit d'utilisation	40
2.1.3	Le droit de représentation	40
2.1.4	Le droit d'adaptation	41
2.1.5	Le droit de distribution	43
2.1.6	La transmission des droits patrimoniaux	45
2.2	La contrefaçon	46
2.2.1	La saisie-contrefaçon	46
2.2.2	Les sanctions de la contrefaçon	47

3. Le logiciel libre 49

3.1	L'historique	49
3.2	Les caractéristiques du logiciel libre	50

3.3	Les licences de logiciel libre	52
3.3.1	Les licences « copyleftées »	52
3.3.2	Les licences non « copyleftées »	53
3.3.3	Les différences générales entre les logiciels libres et les logiciels propriétaires	53
3.4	Les évolutions récentes	54
3.4.1	La première jurisprudence en faveur du logiciel libre	54
3.4.2	Le développement de la première licence française pour logiciel libre : CécILL	55
3.4.3	La réaction de Microsoft au développement des logiciels libres	55
3.4.4	Le développement des logiciels libres par les collectivités territoriales	55
3.4.5	Les associations dédiées au logiciel libre	56
3.4.6	Les contentieux relatifs aux licences de logiciels libres	56
3.4.7	Contentieux autour de la clause de non-garantie	57

4. Le logiciel et le droit de la propriété industrielle 58

4.1	Les brevets	58
4.2	Les marques de fabrique	60
4.3	Les dessins et modèles	60
4.4	Les produits semi-conducteurs	61
4.5	Le droit des producteurs de bases de données	61
4.5.1	Cadre légal	61
4.5.2	61	
4.5.3	Extraction	61
4.5.4	Réutilisation	62
4.5.5	La durée de protection	62
4.5.6	Présentation générale d'une licence open data	62
4.6	Les « créations réservées »	62

1. La protection du logiciel par le droit d'auteur

1.L'importance économique du logiciel a fait prendre conscience de la nécessité d'une protection. Si le droit des obligations, notamment à travers la responsabilité civile, permet d'une certaine manière de reconnaître la valeur patrimoniale des logicielsⁱ, les créateurs ont souhaité plus que cette protection indirecte. Pour être en mesure de rentabiliser leurs investissements, c'est un droit privatif, opposable à tous qu'ils ont réclamé.

2. Les logiciels sont soumis au régime général du droit d'auteur, appelé également propriété littéraire et artistique.

3.La législation sur la propriété littéraire et artistique est regroupée avec celle sur la propriété industrielle dans un seul code : le Code de la propriété intellectuelle (CPI), institué par la loi du 1er juillet 1992ⁱⁱ. Dans un souci d'uniformisation et de simplification, la loi du 11 mars 1957, loi de base de la Propriété littéraire et artistique, et la loi du 3 juillet 1985ⁱⁱⁱ, loi dont certaines dispositions sont relatives à la protection des logiciels par le droit d'auteur, sont donc abrogées. Il est, cependant, important de noter que le CPI n'a apporté aucune modification de fond au régime applicable à l'ensemble des créations intellectuelles.

4.De plus, le 14 mai 1991, le Conseil des communautés européennes a adopté une directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs et a instauré à l'échelon européen un régime juridique unifié pour les logiciels. Ce texte constitue le fondement et le système fédérateur des législations actuelles des États membres en matière de protection des logiciels.

5.La directive décrite a toutefois été abrogée récemment pour être remplacée par la directive du 23 avril 2009. La nouvelle directive confirme plusieurs données déjà acquises en droit positif telles que la protection des programmes d'ordinateur par un droit de propriété littéraire, la détermination des bénéficiaires, les exceptions déjà connues...

6.La loi n° 94-361 du 10 mai 1994^{iv} intègre dans le Code de la propriété intellectuelle les dispositions de la directive n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

7.Cependant, si toutes ces réglementations ont permis la protection du logiciel par le droit d'auteur en l'adaptant à son objet spécifique, le problème s'est très vite posé de l'application du régime du droit d'auteur à d'autres créations informatiques comme les banques de données, les œuvres créées avec l'assistance d'un ordinateur (Conception assistée par ordinateur : CAO, Conception contrôlée par ordinateur : CCO, Image générée par ordinateur : IGO) ou encore les logiciels outils de type AGL (Atelier de génie logiciel). Jusqu'où peut-on étendre le domaine d'application du droit d'auteur sans pour autant le dénaturer ?

8.Enfin, le 26 avril 2004 a été adoptée la directive européenne relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

9.Cette directive relève, dans son préambule, qu'il existe encore des disparités importantes en ce qui concerne les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, que cette situation est nuisible au bon fonctionnement du marché intérieur et conduit à un affaiblissement du droit matériel de la propriété intellectuelle et à une fragmentation du marché intérieur dans ce domaine avec pour conséquence une perte de confiance des

milieux économiques dans le marché intérieur, et que les atteintes au droit de propriété intellectuelle apparaissent de plus en plus liées à la criminalité organisée.

10. L'objectif de cette directive est donc de rapprocher les législations afin d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur.

11. La notion de mesure proportionnée y est retenue: la directive prévoit ainsi qu'un certain nombre de procédures ne s'appliqueront qu'aux actes perpétrés à l'échelle commerciale, ceci sans préjudice de la possibilité pour les Etats membres d'appliquer également ces mesures à d'autres actes qui n'auraient pas été perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect.

12. La législation française offre d'ores et déjà un niveau de protection supérieur à celui qui est envisagé par la directive.

1.1 L'objet de la protection

13. Le droit d'auteur a pour objet de protéger les œuvres de l'esprit, comme le souligne l'article L.112-1 du CPI :

- « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

14. En conséquence de ces dispositions, le juge, appréciant la qualification d'œuvre de l'esprit, ne peut prendre en compte le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de l'œuvre. Il ne qualifiera la création qu'au regard du critère d'originalité.

15. L'article L.112-2 dispose :

- « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) »

16. Puis cite, à titre d'exemple, un certain nombre d'œuvres de l'esprit qui sont considérées comme telles, et notamment, depuis la loi du 3 Juillet 1985, les logiciels.

17. L'utilisation de l'adverbe « *notamment* » a été interprétée très largement par la jurisprudence, qualifiant de manière extensive un grand nombre de créations de l'esprit.

18. Ainsi, le concept « *d'œuvre informatique* » est né de la loi du 3 juillet 1985 qui a étendu le statut des œuvres littéraires et artistiques aux logiciels^v, consacrant ainsi la position de la jurisprudence.

19. Que l'œuvre soit traditionnelle ou informatique, le droit d'auteur n'a d'égard que pour la forme qui a matérialisé le contenu informationnel.

1.1.1 L'idée et la forme

20. « *Quelle qu'en soit l'ingéniosité, et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peuvent être contrariées par*

les servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours »^{vi}.

21. En matière de propriété littéraire et artistique, ne sont pas protégées les idées mais uniquement leur matérialisation. Bien que constituant la base du processus créatif, le concept n'est pas protégeable. Seule la pensée ayant revêtu une forme définie, c'est-à-dire le mode d'organisation et de présentation d'une idée, est protégeable. Il relève également du bon sens que l'idée non exprimée ne peut être protégeable parce qu'elle n'a pas d'existence formelle.

22. Ce principe a été affirmé par la jurisprudence dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 mai 1984 :

- *« Les idées artistiques susceptibles de revêtir des formes diverses n'entrent pas dans le domaine d'application de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique »^{vii}.*

23. Cette distinction idée/forme n'est pas toujours aisée à mettre en œuvre, surtout au regard des nouvelles créations pour lesquelles *« au-delà de la forme, l'idée reste l'apport initial des créations dans ce domaine (...) »^{viii}.*

24. En fait, ce n'est pas seulement la forme que l'on protège mais les idées structurées et matérialisées dans une forme. Ces idées doivent se trouver agencées de manière plus ou moins structurée pour former un ensemble identifiable. La philosophie du droit d'auteur est d'accorder la protection à cet ensemble identifiable dès lors qu'il se détache, à un moment donné, de l'état de l'art^{ix}.

25. Les œuvres de l'esprit et notamment les œuvres informationnelles peuvent se matérialiser dans de multiples formes. La forme est un critère complexe car elle est le résultat :

- d'une composition ;
- d'un rythme ;
- d'une architecture ;
- d'une expression finale.

26. La création peut se situer à n'importe laquelle de ces étapes.

27. En matière de logiciel, la protection ne porte donc pas sur les fondements abstraits des logiciels, tels que les fonctionnalités, les principes mathématiques, les méthodes de programmation et les règles de calcul qui sont utilisées lors de l'élaboration d'un programme.

28. Il s'agit là des règles ou des méthodes qui ne constituent pas l'objet direct du programme, et qui relèvent du domaine des idées dans la mesure où leur matérialisation peut donner lieu à des formes différentes.

29. La notion de forme vise tant les spécifications externes du logiciel (analyse fonctionnelle) que les spécifications internes (suite logique d'instructions). La première conclusion que l'on peut tirer de ce principe est que la réutilisation des idées est toujours possible. Ce qui est protégé, c'est la composition de l'expression.

30. Seul l'emprunt d'une forme identique ou similaire est répréhensible, au sens du Code de la propriété intellectuelle. La propriété littéraire et artistique est protectrice de la création

intellectuelle et non du support et ce, dès la création d'une œuvre originale : il n'y a besoin de procéder à aucune formalité.

31. La directive communautaire de 1991 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur énonce d'ailleurs : *« considérant que, pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et les principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive »*.

32. Conformément au considérant 12 de cette même directive, les algorithmes, ainsi que les idées et principes qui sont à la base des algorithmes ne sont pas protégés par le droit d'auteur : *« considérant que, en accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive »*.

33. Il est jugé que, s'agissant d'une succession d'opérations mathématiques décrivant les termes logiques d'un problème, les algorithmes ne sont pas susceptibles de protection.

34. Les fonctionnalités d'un logiciel sont ses aptitudes à accomplir certaines tâches et peuvent être définies comme *« la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé »*.

35. Il est de jurisprudence constante que les fonctionnalités ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur^{xxi}.

36. A titre d'exemple, dans une affaire opposant deux sociétés éditant des logiciels de réservation de salles de réunion en ligne, le Tribunal de commerce de Nanterre^{xii} a relevé que : *« les similitudes conceptuelles tant des fonctions que des fonctionnalités des deux logiciels, sont dictées par un objet identique limité et faisant appel à des paramètres réduits (salle, utilisateur, jour, heure, réservation, validation, etc...) [...] sont [...] inhérentes à la nature des tâches et traitements à effectuer »*. Le tribunal en conclut qu'elles *« sont parfaitement normales et ne sauraient suffire à caractériser la contrefaçon alléguée »*.

37. Un langage de programmation est un langage informatique permettant à un être humain d'écrire un programme informatique destiné à être exécuté par une machine, généralement un ordinateur.

38. Le langage de programmation est exclu du champ de la protection accordée aux logiciels selon le considérant 12 de la directive du 14 mai 1991 qui prévoit qu'*« en accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base (...) des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive »*.

39. La Cour de justice de l'union européenne^{xiii} a été saisie d'une question préjudicielle concernant notamment le langage de programmation. Par une décision du 2 mai 2012^{xiv} la Cour a largement suivi les conclusions de l'avocat général Yves Bot qui relevait que *« le langage de programmation en tant que tel ne constitue pas une forme d'expression du programme d'ordinateur susceptible de faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur »* dans la mesure où il s'agit *« d'un élément fonctionnel qui permet de donner des instructions à la machine [...] et est constitué de mots et de caractères connus de tous dépourvus de toute originalité. [...] Il est donc le moyen qui permet de s'exprimer et non l'expression en elle-même »*.

40. Après avoir rappelé que les idées et principes ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, la Cour retient que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions, ne constituent une forme d'expression de ce programme, ce qui les exclut de la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur au sens de cette directive, c'est à dire des logiciels.

1.1.2 Les œuvres informatiques

41. Le point commun des œuvres informatiques pourrait se situer dans la dualité de nature qui les caractérise : œuvre de l'esprit du point de vue de sa création, l'œuvre informatique s'en distingue par sa vocation essentiellement économique.

42. La notion d'« œuvre informatique » ne se limite pas au logiciel proprement dit (encore faut-il définir précisément ce dernier), mais s'étend à de nombreuses autres créations telles que les créations multicomposantes (système expert, banque de données) ou les créations générées par ordinateur (jeux vidéo, EAO, CAO).

1.1.2.1 Les caractéristiques des œuvres informatiques

43. Dans le domaine de la création, l'œuvre informatique est assimilable aux œuvres littéraires et plus précisément aux œuvres de langage. Comme l'œuvre littéraire, elle est composée de mots qui forment des phrases ou instructions articulées en paragraphes ou programmes.

44. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement du 21 septembre 1983, en comparant les œuvres informatiques à des compositions musicales :

- « (...) qui sont, elles aussi, exprimées en un langage codé et complexe dont la compréhension immédiate suppose une éducation spécialisée »^{xv}.

45. Cependant, les œuvres informatiques présentent plusieurs caractéristiques distinctes des œuvres littéraires traditionnelles :

- **l'origine de la création** : ce type de création va de plus en plus avoir pour origine une production automatique. L'activité créatrice de l'auteur se situe en amont de la formalisation finale qui, elle, se banalise en raison de sa création automatique. C'est ainsi que la création tend à s'éloigner de la forme pour se rapprocher du concept^{xvi}.

46. Grâce à la Conception assistée par ordinateur (CAO), au Dessin assisté par ordinateur (DAO) et à l'intelligence artificielle à laquelle les systèmes experts se rattachent, il existera d'autres œuvres issues ou combinées à des logiciels, et dont on peut se demander si l'origine reste humaine. L'identification de l'auteur de ces œuvres et par voie de conséquence, l'attribution des droits de propriété, sera de plus en plus délicate.

- **le caractère utilitaire** : La notion de création utilitaire n'est pas nouvelle en droit d'auteur puisqu'elle est expressément visée par l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle (œuvres des arts appliqués) et confirmée par la jurisprudence :
- « Toute création intellectuelle originale indépendamment de toute considération d'ordre esthétique, a droit à la protection des droits d'auteur ».

47.Cependant, le caractère utilitaire des œuvres traditionnelles est en général accessoire par rapport à l'objet le plus courant de la protection qui est la forme d'exercice d'un art. En revanche, l'œuvre informatique est purement l'expression d'une vocation utilitaire et représente une valeur économique qui, insérée dans un processus de production, a pour objet de produire de nouvelles valeurs. Ainsi, la jurisprudence a souligné la nature technique du programme d'ordinateur :

- « *L'effort intellectuel accompli par le technicien n'apparaît pas de même nature que l'effort créatif protégé par la loi de 1957* »^{xvii}.

48.La doctrine a également précisé la particularité de ces œuvres et comme le fait remarquer M. le Professeur A. Lucas :

- « (...) *le programme, en réalité,... est un outil. Le créateur du programme n'est pas un auteur littéraire mais un technicien, il ne cherche pas à éveiller des sensations d'ordre esthétique ni même, à l'instar d'un historien ou d'un savant, à exposer mais à faire fonctionner une machine* »^{xviii}.

49.L'acquisition d'un logiciel s'apparente à celle d'une marchandise que l'on consomme dans un processus de production industrielle ou de service. La consommation n'est plus artistique ou culturelle, elle est industrielle ou plus précisément « informationnelle »^{xix}.

1.1.2.2Le logiciel

1.1.2.2.1Définition

50.La loi ne donne aucune définition du terme « *logiciel* ». L'arrêté du 22 décembre 1981, le définit comme :

- « *L'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données* »^{xx}.

51.Le programme d'ordinateur, élément essentiel du logiciel, a été défini par l'OMPI comme :

- « *Un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposées sur support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par une machine capable de faire du traitement de l'information* »^{xxi}.

52.La Commission européenne en donne la définition suivante :

- « *Un programme d'ordinateur est un ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système du traitement de l'information appelé ordinateur (...)* ».

53.Enfin, une définition établie d'après les normes de l'International standards organisation (normes ISO) permet de procéder en deux temps :

- un logiciel est « un ensemble de programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation auxiliaire » ;
- le programme se définit comme une « suite ordonnée d'instructions » destinées à être exécutées par la machine.

54. La directive européenne du 14 mai 1991^{xxii} vise le terme « *programme d'ordinateur* » qui selon sa définition englobe les programmes et également les analyses fonctionnelle et organique mais semble exclure le manuel d'utilisation et les documentations^{xxiii}.

55. Le nouvel article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle^{xxiv} étend la protection du droit d'auteur aux « *logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* ».

56. Se trouvent ainsi protégés, à condition de permettre la réalisation ultérieure du programme :

- les dossiers d'analyse fonctionnelle et organique ;
- les dossiers de programmation ;
- la documentation de conception ;
- les maquettes ou prototypes.

57. Sont exclus de la protection du logiciel, ne pouvant être assimilés à des matériaux de conception :

- le cahier des charges ;
- la documentation d'utilisation.

58. Ainsi, le régime de protection ne s'applique pas au manuel d'utilisation ou à la documentation nécessaires à l'utilisation du logiciel, qui n'ont pas à être considérés comme faisant partie du logiciel, et restent soumis au régime général de protection des œuvres littéraires.

59. Une contradiction semble pouvoir être décelée au sein de la loi de 1994, qui :

- attribue à l'employeur les droits sur les logiciels « *et leur documentation* », permettant ainsi de présumer de l'incorporation de la documentation au logiciel (Art. L. 113-9 du Code) ;
- et qui n'inclut expressément dans le logiciel que le « *matériel de conception préparatoire* », dont ne fait pas partie la documentation d'utilisation (Art. L. 112-2-13° du Code).

60. Il semble qu'il faille distinguer :

- dans un premier temps, la documentation de conception intégrée au logiciel, de la documentation d'utilisation ;
- dans un second temps, la documentation d'utilisation en ligne intégrée au logiciel, de la documentation sur papier n'en faisant pas partie.

61. La question devra être tranchée par la jurisprudence, compte tenu de la rédaction de la loi de 1994^{xxv}.

1.1.2.2.2 Le processus d'élaboration du logiciel

62. D'un point de vue technique, on peut distinguer trois étapes essentielles dans l'élaboration d'un logiciel :

- la phase de conception ;
- la phase de réalisation ;
- la documentation.
- **la conception** : A la source de la conception d'un logiciel, on trouve l'idée générale, qui sous-tend l'organisation des programmes et qui ne peut faire l'objet d'une appropriation^{xxvi}.

63. A côté de l'idée, la phase de conception comporte l'analyse fonctionnelle d'une part, et l'analyse organique, d'autre part.

64. L'analyse fonctionnelle constitue une étape importante de la création du logiciel. Elle consiste à établir, à peu près définitivement, un projet précis donnant les caractéristiques techniques de la solution informatique retenue. Elle est définie comme étant :

- « *Le processus d'analyse qui consiste, lors de la mise en œuvre d'une application, à décomposer le traitement en différentes phases auxquelles on associe des modules dont on décrit formellement les données, le fonctionnement et le résultat* »^{xxvii}.

65. Les spécifications externes de l'ensemble du logiciel, qui ont été traduites dans l'analyse fonctionnelle, doivent faire l'objet d'une écriture qui correspond à l'analyse organique. Cette dernière peut être définie comme :

- « *Le processus d'analyse qui consiste, lors de la mise en œuvre d'une application, à établir la structure des programmes correspondants aux spécifications de l'analyse fonctionnelle en fonction du matériel et du langage de programmation utilisés* »^{xxviii}.

66. Cette étape consiste à élaborer l'ossature du programme en définissant en détail, généralement à l'aide de représentations graphiques (organigrammes), les éléments qui permettront de construire les programmes nécessaires pour répondre aux objectifs définis par l'analyse fonctionnelle.

67. Cette phase de conception tend cependant, du point de vue de sa formalisation, à s'amenuiser en raison des nouvelles techniques de conception qui font parfois l'économie de l'analyse fonctionnelle ou de l'analyse organique au profit de travaux de « *maquettage* ».

- **la réalisation** : la programmation constitue le mode d'écriture des spécifications internes en liaison avec les fonctionnalités externes que le rédacteur du programme veut exprimer. On distingue généralement le programme source et le programme objet.

68. Le programme source est le programme dont les instructions sont composées dans un langage évolué de programmation compréhensible par l'homme de l'art et qui fait l'objet d'une définition plus ou moins normalisée. Il en est ainsi du Fortran, de l'APL, du Cobol ou du langage C. A ce stade, le programme n'est pas encore directement exécutable par un ordinateur.

69. Le programme source va ensuite être transcrit dans un langage binaire grâce à des outils que l'on appelle « compilateurs » afin de devenir le programme objet.

70. Le programme objet est le programme qui, après compilation, est exécutable par l'ordinateur. Il permet alors la mise en œuvre des instructions et est parfois appelé programme compilé.

- **la documentation** : on distingue deux grands types de documentation : la documentation de conception (analyse fonctionnelle et analyse organique) et la documentation d'utilisation. Cette dernière doit présenter le logiciel et définir ses modes d'exploitation ou d'utilisation.

71. La documentation d'utilisation peut se présenter sous une forme papier ou être intégrée dans le logiciel et se présenter sous la forme de texte à l'écran, consultable à l'aide d'une fonction d'aide ou d'assistance. Dans ce cas, elle est un sous-ensemble particulier du logiciel et elle ne présente aucune particularité par rapport aux spécifications externes du logiciel. La documentation est alors dite « en ligne ».

1.1.2.2.3 Etendue de la protection par le droit d'auteur

72. Le problème de la protection du logiciel par le droit d'auteur ayant été définitivement réglé, d'autres questions relatives à l'étendue même de la protection se sont posées. Elles concernent notamment les interfaces, le « *look and feel* », la reconnaissance de la pratique du « *reverse engineering* », les créations générées par ordinateur et les créations multi-composantes.

- **les interfaces** : la directive européenne du 14 mai 1991 rappelle dans son préambule :
 - « *Un programme d'ordinateur est appelé à communiquer et à opérer avec d'autres éléments d'un système informatique et avec des utilisateurs ; à cet effet, un lien logique et, le cas échéant physique, d'interconnexion et d'interaction est nécessaire dans le but de permettre le plein fonctionnement de tous les éléments du logiciel et du matériel avec d'autres logiciels et matériels ainsi qu'avec les utilisateurs* ».

73. Les « interfaces » sont les parties du programme qui assurent cette interconnexion et cette interaction. L'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique en donne la définition suivante :

- « *Jonction entre deux matériels ou logiciels leur permettant d'échanger des informations par l'adoption de règles communes, physiques ou logiques* »^{xxix}.

74. Le problème était donc de savoir si les interfaces pouvaient être protégées par le droit d'auteur au même titre que le logiciel.

75. La loi du 10 mai 1994, transposant la directive européenne du 14 mai 1991, permet à la personne ayant le droit d'utiliser le logiciel de procéder à la décompilation des informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel, et uniquement dans ce cas.

76. L'article L. 122-6-1 IV du CPI précise les conditions de ce droit à comprendre le logiciel :

- « *La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1er ou du 2° alinéa de l'article L.122-6 est indispensable*

pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

- *1°. Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;*
- *2°. les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;*
- *3°. et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.*

77. Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

- *1°. ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;*
- *2°. ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;*
- *3°. ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».*

78. Aux termes de l'article L. 122-6-1 V du CPI, l'exercice de ce droit ne doit par ailleurs pas porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

79. Toute stipulation contraire à l'une des dispositions mentionnées aux II, III et IV de l'article L. 122-6-1 est nulle et non avenue.

- **le « look and feel »** : le « look and feel » constitue l'interface utilisateur, c'est-à-dire l'ensemble des aspects visuels (icônes ou instructions de menus) et des fonctionnalités (chevauchements de fenêtres ou commandes d'un tableur) du logiciel^{xxx}.

80. La doctrine française n'est pas très favorable à l'application du droit d'auteur au « look and feel » dans la mesure où la protection des aspects externes du logiciel se rapproche trop de la protection des idées.

81. En fait, c'est essentiellement aux Etats-Unis que la doctrine du « look and feel » s'est développée. Cette doctrine a été consacrée par la jurisprudence dans la célèbre affaire « Lotus/P. et S. » dans laquelle une cour américaine a dégagé le principe de la protection du « look and feel » par le droit d'auteur^{xxxi}.

82. La Société Lotus a développé et commercialisé le logiciel Lotus 1.2.3. P. et S. ont développé un clone VP-Planner utilisant une interface utilisateur semblable à celle de Lotus 1.2.3 : même écran, même structure, mêmes commandes, de sorte que pour l'utilisateur il n'y avait pratiquement aucune différence entre les deux programmes.

83. La Cour a considéré que P. et S. avaient contrefait l'interface utilisateur de Lotus 1.2.3. et précise ce qui doit être protégé par le droit d'auteur en proposant d'effectuer une analyse complexe en trois parties:

- *« définir où s'arrête l'idée et où commence l'expression de cette idée selon les différentes délimitations proposées par l'avocat en les classant du concept le plus général au concept le plus particulier ;*
- *identifier les éléments qui sont essentiels à l'expression de l'idée, c'est-à-dire ceux qui en sont indétachables ;*
- *déterminer parmi ceux qui ne sont pas essentiels, ceux qui constituent une partie substantielle de l'œuvre ».*

84. Cet arrêt a pu servir de principe aux juges américains et parfois étrangers. Ainsi, un arrêt de la Cour suprême d'Israël a considéré que la société International Software était victime de la contrefaçon de son logiciel « Iris » par la société Lotus Electronica, alors que les ressemblances entre les deux logiciels ne provenaient pas des codes source mais des applications, fonctionnalités, limites, modes d'opération, séquences, structure, organisation et descriptions^{xxxii}. La Cour s'est fondée sur un élément de fait :

- *« Dans un délai court de quelques mois, il est impossible de développer, de manière indépendante, un tel logiciel ; à la suite du témoignage de l'intimé, le tribunal a appris que le développement du logiciel « Lotus 8 » a duré quelques mois seulement, tandis que les témoignages des experts et des parties nous apprennent que le développement d'un tel logiciel dure plusieurs années ».*

85. En juillet 1993, un tribunal du district de Boston rendait un jugement intéressant en reconnaissant que B. avait enfreint les droits de Lotus en copiant les instructions de commande de menus, la structure de ces commandes et les séquences de manipulation du Lotus 1.2.3. Le 19 août 1993, le même juge estimait que Quatro Pro et Quatro Pro sous Windows de B. constituaient une contrefaçon du même tableur. Selon lui, les fonctions de lecture des macrocommandes portaient atteinte aux droits de Lotus^{xxxiii}.

86. En France, la protection du « look and feel » par le droit d'auteur est difficilement concevable compte tenu des principes de la propriété littéraire et artistique excluant expressément la protection des idées. En revanche, une action en concurrence déloyale contre un concurrent reproduisant un « look and feel » sera plus facilement admise^{xxxiv}.

87. Cependant, on peut noter un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 juin 1986 qui a confirmé une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance, en ce qui concerne la contrefaçon d'un logiciel en précisant :

- *« Pour les œuvres informatiques, le logiciel constitue une œuvre de l'esprit protégée par la loi du 11 mars 1957 dans la mesure où cette œuvre apparaît originale en la forme soit à raison de ses spécifications externes correspondant à la phase de conception soit de ses spécifications internes correspondant à la phase de réalisation »^{xxxv}.*

88. Il résulte de ce qui précède qu'une interface graphique originale serait protégeable par le droit d'auteur. A défaut de ce caractère original, l'action pourra être examinée sous l'aspect de la concurrence déloyale.

89. Enfin, on peut relever un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 décembre 2010^{xxxvi}. La Cour a jugé qu'une interface utilisateur graphique n'était pas une forme d'expression d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 1^{er} de la directive du 14 mai 1991. Une telle interface peut néanmoins bénéficier de la protection du droit d'auteur en tant qu'œuvre, si elle constitue une création intellectuelle propre à son auteur, en vertu de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

- **l'ingénierie inverse ou « *reverse engineering* »** : ce terme est défini par l'arrêté du 19 mars 1993 relatif à la terminologie de l'informatique :
 - « *L'analyse d'un système destinée à rechercher ses principes de conception* »^{xxxvii}.

90. Le principe du « *reverse engineering* » a été consacré par la loi de 1994 accordant à l'utilisateur, outre le droit de décompilation mentionné ci-dessus, le droit d'analyse^{xxxviii}.

91. L'article L. 122-6-1 III du CPI précise :

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

92. Le droit d'analyser le logiciel consiste donc à :

- « *observer* ;
- « *étudier* ;
- « *ou tester le fonctionnement de ce logiciel...* »

93. Ce droit doit être exercé dans le cadre défini expressément l'article L.122-6-1 III du CPI, et dans le respect des règles de l'article L. 122-5-1 V CPI rappelé ci-dessus.

94. Si le principe même de la décompilation peut être admis au nom de la libre concurrence, le fait de réaliser ou commercialiser un logiciel, à partir des connaissances acquises par ce biais, est constitutif de contrefaçon^{xxxix}.

95. La frontière ne sera pas toujours facile entre l'emprunt d'idées générales par le système du « *reverse engineering* », non constitutif d'infraction et la reproduction, même partielle du logiciel décompilé, constituant un acte de contrefaçon. La jurisprudence américaine semble se référer à cette nuance en jugeant que :

- « *Le simple fait d'analyser le programme source du défendeur ne constitue pas en soit un acte de contrefaçon (...) si les règles générales ainsi obtenues sont exprimées en un programme qui exprime son imagination, sa créativité et sa pensée indépendante* »^{xl}.
- **les créations générées par ordinateur et les créations multi-composantes** : l'apport créatif du système de conception, conjugué à celui d'un utilisateur, donne naissance à une nouvelle création assistée par ordinateur (CAO, DAO,...).

96.L'œuvre peut être de nature artistique tel un film publicitaire créé à l'aide d'images de synthèse, une œuvre plastique réalisée grâce à de nouvelles techniques comme « *l'infographie* » dans laquelle l'ordinateur intervient dans la composition et l'expression de l'œuvre ou encore une œuvre picturale digitalisée réalisée par « *computer art* »^{xli}.

97.Pour ce type d'œuvre, la difficulté première sera la recherche de l'originalité pour une protection par le droit d'auteur^{xlii}. Les prérogatives des auteurs des œuvres originales seront également délicates à déterminer.

98.Les développements de l'informatique ont fait apparaître des œuvres informatiques associées aux logiciels. Il en est ainsi des systèmes experts qui allient un logiciel, un moteur d'inférences et une base de connaissances destinée à modéliser le savoir de l'expert dans le domaine concerné^{xliii}.

99.Il en va de même des bases de données électroniques, qui obéissent à un régime spécifique en ce qui concerne les données elles-mêmes.

100.En matière d'enseignement assisté par ordinateur, le didacticiel est composé d'un logiciel et de textes d'enseignement, l'ensemble formant une méthode pédagogique. De même, les banques de données sont associées à un ensemble de programmes que l'on appelle « *système de gestion de bases de données* » (SGBD) qui permettent en particulier les opérations d'enregistrement et de mise à jour des données, de restitution et de mise en forme des résultats^{xliv}.

101.Les produits multimédias constituent également des œuvres multi-composantes alliant à la fois du texte, du son, de l'image et du graphisme, synchronisés entre eux et interactifs grâce à la numérisation. La pluralité de créateurs est la principale caractéristique de cette création d'un type nouveau par rapport aux œuvres traditionnelles.

102.Or, ces éléments multiples peuvent être soumis à des systèmes juridiques distincts :

- Propriété littéraire et artistique classique pour les textes, les sons et les images,
- Propriété littéraire et artistique spécifique pour les logiciels,
- réglementation spécifique pour les bases de données.

103.Pour ces créations multi-composantes, le problème est de savoir si elles bénéficient d'une protection pour l'ensemble de l'œuvre ou si au contraire les différents éléments la composant sont distributivement régis par les textes qui les concernent spécialement^{xlv}.

1.2 La condition d'originalité

104.Les œuvres logicielles ne sont pas systématiquement protégées.

105.La protection des œuvres de l'esprit, au sens des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, n'est possible que si l'œuvre est originale dans sa forme. Aucune précision n'est apportée par la loi française, ni par la directive communautaire quant au seuil d'originalité requis. Les tribunaux français se contentent d'une originalité relative, sans jamais exiger que l'originalité ait un caractère absolu.

106. L'originalité du logiciel ne doit pas être confondue avec les notions voisines, que sont la nouveauté ou le caractère inventif du logiciel.

107. Le passage de l'inspiration, qui relève du domaine des idées, à celui de l'expression qui se matérialise sous une forme donnée, est le résultat d'un travail intellectuel qui doit être original. Cette originalité doit apparaître tant dans la phase de conception (spécifications externes), que dans la phase de réalisation (spécifications internes).

108. Les différents éléments de l'œuvre n'ont pas à être originaux. Le simple rapprochement inattendu des divers éléments connus, dans une disposition particulière, constitue une création originale entrant dans le champ d'application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, et en conséquence, est susceptible d'appropriation privative.

109. On doit également noter que l'existence « *d'un résultat utilitaire n'implique pas forcément un manque d'originalité* ». Ainsi le niveau d'originalité d'un logiciel doit-il être recherché cas par cas.

110. La jurisprudence et la doctrine ont traditionnellement caractérisé l'originalité selon la conception subjective, définie comme étant l'empreinte de la personnalité de l'auteur de l'œuvre^{xlvi}. Cette conception de l'originalité découle de la philosophie du droit d'auteur : récompenser l'expression d'un art. Toute expression artistique ou littéraire est une représentation qui privilégie l'aspect sensoriel de la perception en conformité avec des critères d'ordre culturel, ce qui confère à la forme (picturale, musicale, littéraire) son autonomie.

111. Quelques décisions jurisprudentielles, d'ailleurs contestées par la doctrine, rendues en application de cette conception subjective de l'originalité, ont admis que la création d'un programme traduisait la personnalité de son auteur^{xlvii}.

112. Toutefois le 7 mars 1986, la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière, a rendu trois arrêts^{xlviii} qui définissent le concept d'originalité en matière de logiciel.

113. La plus célèbre opposait M. P., chef comptable, à la société Babolat Maillot Witt (BMW) qui l'employait. Ce dernier avait conçu et réalisé, de sa propre initiative, un programme de comptabilité qu'il utilisait dans le cadre de son activité professionnelle, mais dont il avait refusé à son employeur le droit de reproduction. La société BMW a mis fin à son contrat de travail pour faute grave.

114. La juridiction suprême apporte trois éléments de définition de l'originalité appliquée au logiciel :

- l'auteur « *fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* » ;
- « *la matérialisation de cet effort réside dans une structure individualisée* » ;
- le logiciel porte « *la marque de l'apport intellectuel* » de son auteur^{xlix}.

115. Depuis cette décision, on retient une conception objective pour l'application du critère d'originalité au logiciel. On passe de « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* », conception subjective du critère, à « *la marque de son apport intellectuel* », conception objective qui veut que soit originale toute œuvre révélant un effort intellectuel.

116. Le critère « *d'apport intellectuel* » induit deux notions :

- celle d'apport au domaine informatique en tant que création ;
- celle d'activité intellectuelle, c'est-à-dire de mise en œuvre de concepts, et non plus de mise en formeⁱ.

117. La notion « *d'apport intellectuel* » ne doit pas faire référence à la notion de mérite, laquelle est exclue expressément par l'article L. 112-1 du CPI, ni à celle de nouveauté, comme l'a précisé la Cour de cassation qui considère que l'appréciation de l'originalité d'un logiciel doit être effectuée sans avoir à se référer à la notion d'invention nouvelle, étrangère à l'application de la Loi du 11 mars 1957ⁱⁱ.

118. En outre, comme la Cour d'appel de Paris l'a jugé, le fait que le logiciel obéisse à une logique contraignante peut ne pas exclure son originalité dans la mesure où l'auteur exprime son effort personnel :

- « *Qu'à l'évidence, le déroulement du logiciel obéit à une logique contraignante qui est le reflet de celle de l'objet informatisé lui-même et sans le respect de laquelle il n'y aurait pas de produit informatisé susceptible de suivre les opérations du marché financier ;*
- *(...) que dans ce cadre, l'application informatique soumise à l'expertise révèle de la part de Frédéric H. d'une réelle originalité, d'une part, dans sa construction d'autre part, dans les modalités opérationnelles ainsi qu'un choix de procédure tout à fait individualisé »ⁱⁱⁱ.*

119. On retiendra que si la condition d'originalité est nécessaire, elle est également suffisante. Le caractère esthétique ou le mérite de l'œuvre pas plus que la nature technique du logiciel ne doivent être pris en compte.

1.3 Les différents types d'œuvres

120. Il arrive fréquemment que plusieurs personnes interviennent pour la création d'une même œuvre posant ainsi des difficultés d'appropriation. Il s'agit des œuvres complexes et des créations salariées.

1.3.1 Les œuvres complexes

121. Le Code de la propriété intellectuelle distingue trois catégories :

- **l'œuvre de collaboration** : elle correspond à une création à « *laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* » (article L. 113-2, alinéa 1^{er} du CPI). En matière informatique, l'œuvre de collaboration résultera notamment de :
 - la participation de l'utilisateur à la formalisation effective des spécifications externes de telle manière que l'ensemble forme un tout indissociable ;
 - la composition des équipes de réalisation où se retrouvent les informaticiens de plusieurs origines (société de services, travailleur indépendant, maître de l'ouvrage).

122. Les coauteurs devront exercer leurs droits d'un commun accord (article L. 113-3 du CPI). Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chaque créateur pourra, à défaut de précision dans le contrat de collaboration, utiliser et exploiter sa contribution personnelle. Cependant, cette exploitation particulière ne doit pas porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune.

- **l'œuvre composite** : « est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière » (article L. 113-2 alinéa 2 du CPI).

123. Elle est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante (article L. 113-4 du CPI).

124. En matière littéraire, les œuvres composites sont les adaptations, traductions, anthologies ou recueils d'œuvres diverses qui sont appelées aussi « œuvres dérivées ».

- **l'œuvre collective** : « est dite collective l'œuvre 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 » (article L. 113-2, alinéa 3 du CPI).

125. Au sein du droit d'auteur, l'œuvre collective joue un rôle particulier dans la mesure où elle constitue la seule catégorie d'œuvre à propos de laquelle une personne morale peut revendiquer la qualité d'auteur à titre originaire (avant l'avènement de la loi du 3 juillet 1985 concernant les logiciels) et ce malgré son inaptitude à exercer un acte de création intellectuelle.

126. Un logiciel constitue une œuvre collective si les conditions suivantes sont réunies :

- il a été réalisé à l'initiative d'une personne physique ou morale ;
- il a été publié ou édité sous le nom de cette personne ;
- il résulte de la contribution des divers auteurs qui ont participé à son élaboration.

127. Le Tribunal de grande instance de Paris, dans une espèce dans laquelle la loi du 3 juillet 1985 n'était pas applicable, a retenu la qualification d'œuvre collective pour un logiciel de transfert de fichiers dont la Société System Assist avait demandé le développement à vingt-quatre de ses ingénieurs^{liii}.

128. Deux jugements rendus après l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, en application de la loi du 11 mars 1957, montrent que le concept d'œuvre collective continue de s'appliquer en matière de logiciels créés par plusieurs personnes^{liv}.

129. Dans une affaire dans laquelle un salarié invoquait des droits d'auteur sur un ouvrage contenant des logiciels, le Tribunal de grande instance de Paris a, par jugement du 20 février 1986, estimé que c'est la société qui employait le salarié « (...) qui a pris l'initiative de faire composer l'ouvrage, qui a réparti les programmes à traiter, qui a édité, publié, et divulgué lesdits programmes sous son propre nom (...) »^{lv}.

130.Par ailleurs, les juges ont estimé que la contribution du salarié s'est fondue dans l'ensemble, de sorte qu'il n'est pas possible de lui accorder un droit distinct sur cet ensemble constituant une œuvre collective.

131.Cependant, les interrogations autour de la titularité du droit d'auteur concernant un logiciel qualifié d'œuvre collective risquent de se raréfier dans la mesure où il résulte de l'article L. 113-9 du CPI que :

- « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* ».

132. La dévolution des droits patrimoniaux à l'employeur résulte de la transposition en droit français de la directive du 14 mai 1991. Il s'agit là d'un écart avec la philosophie de la propriété littéraire et artistique récompensant personnellement l'auteur d'une œuvre originale mais également, d'un rapprochement avec la réalité économique récompensant l'investissement de l'employeur dans la création d'un logiciel.

1.3.2 Les créations salariées

133.Etant donné le caractère essentiellement marchand des logiciels, leur rattachement à la protection par le droit d'auteur instituée par la loi de 1957 n'a pu se faire qu'au prix de certaines adaptations qui semblent ressembler davantage à des bouleversements. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la remise en cause des privilèges du créateur salarié au profit de l'entreprise, qu'elle soit privée ou publique.

134.La loi de 1985 a permis que les droits patrimoniaux des auteurs salariés soient automatiquement dévolus à l'employeur (sauf stipulation contraire) à la condition que les logiciels soient créés par des salariés dans l'exercice de leurs fonctions.

135.Mais de manière générale, il est préférable d'introduire dans les contrats de travail et les conventions de stage une clause de cession des droits des auteurs sur leurs créations.

- **le principe de la dévolution automatique des droits d'auteur sur les logiciels salariés** : selon le droit commun du droit d'auteur, les droits naissent sur la tête du salarié et il n'y a pas de cession implicite au profit de l'employeur. La cession de ses droits par le salarié à l'employeur doit être volontaire et répondre aux exigences de l'article L. 131-3 du CPI :
 - « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

136.La condamnation des cessions implicites résulte de l'article L. 111-1 alinéa 3 du CPI qui précise que :

- « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er}* ».

137. Mais malgré ce texte, une partie de la doctrine^{lvi} et de la jurisprudence ont admis que la rédaction d'un contrat de travail comportant une mission de création pouvait emporter automatiquement la cession des droits d'auteur sur l'œuvre réalisée au profit de l'employeur :

- « *Il est constant que le contrat de travail consenti à un créateur salarié entraîne la cession des droits patrimoniaux d'auteur à son employeur* »^{lvii}.

138. Un arrêt de la Cour de cassation a mis fin à ce courant jurisprudentiel et doctrinal en affirmant le principe selon lequel, pour les logiciels créés avant l'entrée en vigueur de la loi de 1985, c'est-à-dire avant le 1^{er} janvier 1986, le régime de droit commun de la loi de 1957 s'applique et la cession automatique des droits du salarié à l'employeur est donc impossible.

139. Il s'agissait, en l'espèce, d'un informaticien, M. G., qui avait mis au point en 1984, un logiciel pour le compte de la société Nortène de laquelle il était salarié. L'entreprise avait exploité et commercialisé ledit logiciel auprès de plusieurs de ses clients.

140. M.G. revendiquait la propriété du logiciel dans une lettre recommandée du 2 novembre 1984 et assignait la société Nortène en contrefaçon en juillet 1985.

141. La Cour d'appel a estimé que M. G. était effectivement titulaire du droit d'auteur sur le logiciel mais qu'il avait tacitement cédé ses droits à la société Nortène jusqu'au 2 novembre 1984.

142. Dans son arrêt du 16 décembre 1992^{lviii}, la Cour suprême a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en affirmant que :

- « *L'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle dont la transmission à son employeur est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

143. Pas plus que les cessions automatiques, la cession tacite d'une œuvre de l'esprit ne peut être admise au regard de l'article L. 131-3 du CPI. Dans le même arrêt, la Cour de cassation, a sanctionné l'argument de la Cour d'appel suivant lequel la cession du logiciel par M.G. était tacite. La Cour suprême a estimé que :

- « *Les parties n'avaient conclu aucune convention de cession comportant les stipulations prévues par les dispositions invoquées par M. G., la Cour d'appel a violé ces textes par refus d'application* ».

144. Ainsi, il apparaît clairement que pour la Cour de cassation, en application des dispositions de droit commun, la cession des droits d'auteur ne peut se faire par le biais d'un simple contrat de travail et qu'il est nécessaire d'inclure une clause particulière respectueuse des dispositions de l'article L. 131-3, alinéa 1^{er} du CPI.

145. Cependant, le législateur a souhaité que les droits d'auteur sur des logiciels créés par des salariés soient dévolus à l'employeur sauf stipulation contraire. Ainsi, au titre de l'article L. 113-9 du CPI :

- « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans*

l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ».

146. Cette dévolution automatique des droits d'auteur du salarié ne s'applique donc que pour les logiciels créés après le 1^{er} janvier 1986, date de l'entrée en vigueur de la loi de 1985.

147. Il convient de préciser la signification de la mention « *stipulation contraire* ». En réalité, elle signifie que la dévolution des droits de l'auteur à l'employeur constitue une simple présomption de titularité des droits patrimoniaux portant sur le logiciel au bénéfice de l'employeur, puisque le contrat de travail pourra toujours prévoir que le salarié conserve certaines prérogatives.

148. De manière générale, il est souhaitable qu'une clause particulière insérée dans un contrat de travail rappelle les dispositions de l'article L. 113-9 du CPI et précise que le salarié ne dispose plus d'aucun droit sur les logiciels qu'il serait amené à créer dans le cadre de ses fonctions.

- **la notion de « fonction »** : il convient de rappeler que la création faite par un informaticien indépendant ou par un non professionnel, qui programme à titre personnel, reste soumise aux dispositions de l'article L. 111-1, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle :
- « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété exclusif et opposable à tous ».

149. Il en découle qu'un salarié ne créant pas un logiciel « *dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, qui est seul habilité à les exercer* » demeure titulaire de l'ensemble des droits portant sur le logiciel qu'il crée.

150. Selon la doctrine, est réputé créé dans l'exercice de ses fonctions, tout logiciel créé par un salarié :

- sur son lieu de travail et pendant son temps de travail même s'il est sans rapport avec la nature de sa prestation contractuelle de travail ;
- en dehors de son lieu et de son temps de travail, dès l'instant où il n'a pu être réalisé qu'avec les moyens informatiques appartenant à l'entreprise.

151. La Cour d'appel de Paris a donné une interprétation extensive de cette notion en considérant que des logiciels créés par un salarié à son domicile appartenaient néanmoins à l'employeur, car le salarié :

- « (...) en sa qualité de cadre de l'entreprise, était rémunéré forfaitairement, y compris pour le travail accompli à son domicile »^{lix}.

152. Dans cette affaire, le fait que la création a été réalisée en dehors du lieu de travail fût considéré par la Cour comme une circonstance « *indifférente* », dès lors que les logiciels en cause avaient été créés dans l'exercice des fonctions.

153. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles a défini la notion de fonction dans les termes suivants :

- « Est réputée faite dans l'exercice de ses fonctions toute création de logiciel exécutée par un salarié et les inventions de ce dernier dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées »^{lx}.
- **la notion d'« employé »** : dans un sens restreint, ce terme vise uniquement les salariés de l'entreprise. En revanche, interprété de manière extensive, il peut correspondre à toute personne physique à laquelle est confiée une mission de réalisation de logiciel et ce, indépendamment du mode de rémunération et du statut économique, salarié ou travailleur indépendant.

154. Il ressort des débats parlementaires que le législateur a entendu utiliser le terme « employé » comme synonyme de celui de « salarié »^{lxi}.

155. En effet, lors de l'élaboration de la loi de 1985, les sénateurs avaient envisagé de garantir les droits des employeurs en posant la règle suivante :

- « Le logiciel créé par un salarié dans le cadre d'un contrat de travail appartient à l'employeur auquel sont dévolus les droits reconnus aux auteurs par la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 précitée ».

156. A l'Assemblée nationale, en seconde lecture, ce texte a été modifié par la substitution du terme « employé » à celui de « salarié » et l'adjonction du concept de fonction.

157. En ce qui concerne le cas particulier de l'intérim, il semble que l'entreprise utilisatrice devrait être reconnue titulaire des droits d'auteur, et non l'entreprise de travail temporaire, dans la mesure où la relation d'intérim ne constitue qu'une modalité particulière de recours à des employés^{lxii}. S'ils ne sont pas liés à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail, défini comme « toute convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération »^{lxiii}, il n'en reste pas moins que la réalisation est de nature identique à celle opérée par des salariés.

158. Pour le contrat de régie, les droits restent dévolus à la société de services sous réserve que la création ait été faite par ses salariés. Lorsque la création aura été entreprise à la fois par la société utilisatrice et la société de services, il s'agira, selon les modalités de création, soit d'une œuvre collective soit d'une œuvre de collaboration dont les droits seront dévolus respectivement à chacun des employeurs au prorata des contributions.

- **le transfert des seuls droits patrimoniaux** : la loi du 10 mai 1994 précise que :
 - seuls les droits patrimoniaux sont transférés à l'employeur ;
 - le transfert des droits patrimoniaux porte aussi sur la documentation, assimilée, dans ce cas, au logiciel en vertu de la théorie de l'accessoire.

159. L'employeur n'est ainsi titulaire que des seuls droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par ses employés, et non du droit moral.

160. Ce transfert des droits patrimoniaux sur le logiciel à l'entreprise s'opère dès que le logiciel est créé. Le régime du droit d'auteur prévoit en effet 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* » (Article L. 111-1 alinéa 1^{er} du CPI).
- « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* » (Article L. 111-2 du CPI).

161. La date de transfert est donc la date de la conception. Cette position a le mérite de correspondre à l'esprit de la loi tendant à investir l'employeur des droits les plus larges, puisque l'employeur serait titulaire des droits sur le logiciel créé par le salarié dès l'origine de la conception de ce logiciel.

162. La durée de l'attribution des droits patrimoniaux à l'entreprise n'est pas explicitée, la loi de 1994 ne précisant pas si elle est acquise pour toujours, ou limitée à la durée du contrat de travail.

- **l'absence de transfert du droit moral** : le droit moral se décompose en différents droits :
 - le droit de divulgation ;
 - le droit de retrait ;
 - le droit à la paternité de l'œuvre ;
 - le droit au respect de l'œuvre^{lxiv}.

163. Le droit moral portant sur le logiciel créé par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou d'après les instructions de l'employeur n'est pas transféré à l'employeur.

164. L'absence de transfert du droit moral à l'entreprise est d'ailleurs conforme aux principes fondamentaux du droit d'auteur :

- Suivant l'article L. 121-1 alinéa 3 du CPI, le droit moral est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ». Le droit moral attaché à la personne de l'auteur est donc incessible ;
- L'article 6 bis de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 dispose que « *même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* » ;
- la directive du 14 mai 1991 prévoyait exclusivement que « *lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents aux programmes d'ordinateur ainsi créé* », sans affecter les modes de dévolution et de titularité du droit moral.

165. Cette question est essentielle sur le plan pratique. En effet, cela peut poser des difficultés pratiques lorsque le salarié souhaite exercer son droit moral, même si celui-ci est réduit en matière de logiciels.

166. L'exercice du droit moral par le salarié peut alors entrer en conflit avec l'exercice des droits patrimoniaux de l'employeur. Or, le contrat de travail suppose l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur.

167. Notamment, des difficultés peuvent être rencontrées concernant l'exercice du droit de divulgation de la part du salarié, le contrat de travail pouvant, à cet égard, prévoir que la participation à l'élaboration du produit vaut transfert du droit d'autorisation de divulguer.

168. Les débats parlementaires vont dans ce sens, précisant que le salarié exerce implicitement le droit de divulgation de l'œuvre en acceptant sa mission, ne serait ce que tacitement^{lxv}.

169. Il en va de même du respect du nom de l'auteur qui doit être « gelé », car il peut porter atteinte aux prérogatives d'exploitation du logiciel par l'entreprise.

170. Des problèmes risquent aussi de surgir concernant la combinaison du respect de l'œuvre avec les éventuelles corrections d'erreurs et les nouveaux développements sur le logiciel.

171. Pour y remédier, l'employeur pourra prévoir au contrat de travail, non pas une clause opérant transfert du droit moral, par nature intransmissible, mais une disposition limitant l'exercice par le salarié de son droit moral.

172. Il pourrait être contractuellement prévu que le salarié ne pourra s'opposer à :

- l'absence de mention de son nom sur les logiciels réalisés ;
- la modification des logiciels pour les besoins de la commercialisation ;
- la divulgation des logiciels pour permettre leur commercialisation.

173. En revanche, il ne peut être envisagé par l'employeur :

- d'aliéner les droits moraux ;
- de les méconnaître totalement ;
- de refuser de prendre en charge l'exercice de leur défense.

174. Enfin, le salarié ne saurait user de son droit moral de manière à empêcher l'exploitation commerciale du logiciel qu'il a créé sans être sanctionné pour son abus de droit.

- **la dévolution des droits à l'employeur public** : la dévolution des droits à l'employeur public est également prévue à l'article L. 113-9, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle :
- *« Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif ».*

175. Aux termes de cette disposition, un logiciel créé dans le cadre des activités professionnelles d'un salarié appartient, sauf stipulations contraires, à l'employeur public qui dispose des résultats du travail dont il assure l'organisation et la rémunération.

176. L'application de cette clause dans le secteur public dépend en grande partie des règlements administratifs et du statut général des fonctionnaires de l'Etat, difficilement contournables^{lxvi}.

177. La circulaire du 17 octobre 1990 relative à la protection juridique des logiciels et destinée aux ministres et secrétaires d'Etat précise :

- « *Cependant, les fonctionnaires de l'Etat étant dans une situation statutaire et réglementaire, l'expression « sauf stipulations contraires » contenue dans l'article 45 ne peut être comprise pour eux que comme un renvoi à la publication d'un décret précisant les modalités selon lesquelles un fonctionnaire créateur d'un logiciel pourrait être rémunéré spécifiquement pour sa création* »^{lxvii}.

178. Deux décrets, en date du 2 octobre 1996^{lxviii lxix}, ont défini les conditions dans lesquelles pourraient être rémunérées certaines catégories de fonctionnaires.

179. Concernant l'exercice de droit moral par un agent de l'Etat, l'article L. 121-7-1 du CPI dispose que :

« Le droit de divulgation reconnu à l'agent mentionné au troisième alinéa de l'article L. 111-1, qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues, s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie.

L'agent ne peut :

- 1° S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ;
- 2° Exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique ».

1.4 Le droit moral

180. Le droit moral, droit « perpétuel, inaliénable et imprescriptible » (article L.121-1, alinéa 3 du CPI), est un droit complexe en ce sens qu'il recouvre l'ensemble des prérogatives suivantes :

- droit de divulgation ;
- droit de repentir ou de retrait ;
- droit à la paternité de l'œuvre ;
- droit au respect de l'œuvre.

181. Il s'agit d'un droit extrapatrimonial, c'est-à-dire d'un droit de la personnalité. Il est, en tant que tel, incessible et insaisissable.

- **le droit de divulgation** : Le droit de divulgation est défini, par l'article L.121-2 alinéa 1^{er} du CPI, en ces termes :
 - « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L.132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».

182. Bien qu'il n'ait pas été visé par la loi de 1985, lors de l'introduction du logiciel parmi les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, le droit de divulgation fait partie des prérogatives de l'auteur de logiciel.

183. La prérogative prévue à l'article L. 121-2 CPI conditionne la patrimonialisation et la commercialisation du logiciel, son importance est donc considérable. La patrimonialisation et la commercialisation de l'œuvre sont à la disposition de l'auteur.

184. Ce droit ne reçoit cependant que peu d'application en l'état, puisque, compte tenu de la valeur économique des logiciels, ceux-ci font en principe l'objet de contrats qui ont pour objet de gérer non seulement la divulgation du logiciel par l'auteur, mais aussi les conditions d'utilisation.

185. Ainsi, il apparaît que l'auteur qui se serait engagé contractuellement à délivrer un logiciel et qui ne le ferait pas, en usant de son droit de divulgation, verrait sa responsabilité contractuelle engagée.

186. Comme indiqué ci-dessus, le droit de divulgation pourra poser des difficultés lorsque le logiciel aura été réalisé par un salarié dans le cadre de ses fonctions, ce dernier conservant les droits moraux sur sa création^{lxx}.

187. L'employeur aura intérêt à prévoir dans le contrat de travail que la participation du salarié à l'élaboration du logiciel vaut transfert du droit de divulgation pour éviter tout blocage éventuel à ce niveau.

- **le droit de retrait** : le droit de retrait de l'auteur de logiciel se trouve quasiment supprimé depuis 1985.

188. En matière de droit d'auteur traditionnel, le droit de retrait, aussi appelé droit de repentir, consiste pour l'auteur à pouvoir interrompre les contrats d'exploitation de l'œuvre, sous réserve d'en indemniser l'acquéreur (article L. 121-4 du CPI).

189. En matière de logiciels, l'auteur a perdu son droit de retrait, ou de repentir depuis la loi de 1985. En effet, la loi du 3 juillet 1985 prévoyait que :

- « *Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut (...), ni exercer son droit de repentir ou de retrait* ».

190. La loi du 10 mai 1994 ne modifie pas cette situation (article L. 121-7-2° du CPI). Le contrat pourra seul permettre à l'auteur de récupérer ce droit moral.

- **le droit à la paternité de l'œuvre** : l'article L. 121-1 alinéa 1^{er} du CPI énonce :
 - « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ».

191. De cette disposition découle le droit de l'auteur à la paternité de son œuvre, c'est-à-dire le droit à ce que l'œuvre soit publiée sous son nom. L'utilisation de l'œuvre, à quelque titre que ce soit, suppose en effet le respect de la qualité de l'auteur de l'œuvre.

192. Ce droit permet à l'auteur de se faire reconnaître comme tel s'il le souhaite. Ainsi, même en cas de cession totale du logiciel à un tiers, l'auteur peut toujours exiger de voir son nom apposé sur les exemplaires du logiciel (support, documentation, page/écran).

- **le droit au respect de l'œuvre** : le droit au respect de l'œuvre permet à l'auteur de s'opposer à une dénaturation de son œuvre.

193. Ce droit est essentiel en matière d'œuvre à vocation artistique et conduit à interdire toute modification de l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur.

194. En matière de logiciel, du fait que celui-ci implique un processus évolutif, l'application de cette caractéristique du droit moral peut présenter des difficultés lors de sa mise en œuvre.

195. C'est pourquoi il est prévu des dérogations à ce droit. Ainsi, l'article L. 121-7 du CPI dispose que :

- « *Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui ne peut :*
- *1°. s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur, ni à sa réputation... ».*

196. Toutefois, la faculté d'adaptation prévue à cet article est limitée aux droits cédés par l'auteur, ce qui en pratique suppose l'existence d'un contrat : l'auteur pourra ainsi contractuellement limiter ce droit de modification.

197. C'est ce qu'a jugé le Tribunal de grande instance de Paris considérant, dans une espèce où malgré la mention expresse de l'obligation d'autorisation de l'auteur en cas d'adaptation, l'association utilisatrice du logiciel avait confié à plusieurs sociétés tierces des interventions de modifications sur l'œuvre, de sorte que cette association avait violé le droit moral de l'auteur^{lxxi}.

1.5 La durée de protection

198. La philosophie personnaliste du droit d'auteur a imparti à la protection une durée fondée sur la vie de l'auteur. A son décès, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante dix années qui suivent et ce, aux termes des dispositions de l'article L. 123-1 du CPI, disposition modifiée par la loi du 27 mars 1997^{lxxii}.

199. Cette durée était antérieurement fixée à cinquante années post mortem et avait été étendue par la loi du 3 juillet 1992.

200. Pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs (article L. 123-2 du CPI).

201. Pour les œuvres pseudonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de soixante dix années à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de la publication. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal (article L. 123-3 du CPI).

202. Le logiciel est protégé, pendant soixante dix ans à compter de la date du décès de l'auteur, conformément au régime classique du droit d'auteur.

203. La loi du 10 mai 1994 avait déjà étendu sa durée de protection, puisqu'il n'était auparavant protégé que pendant vingt-cinq ans à compter de la date de création du programme, supprimant la dérogation prévue en matière de logiciels^{lxxxiii}.

204. L'extension s'avère considérable en théorie, mais la modification mineure en pratique, compte tenu de l'obsolescence particulièrement rapide des créations en ce domaine.

1.6 Le dépôt du logiciel

205. Une distinction doit être faite entre le dépôt légal, ayant pour but de satisfaire l'intérêt général^{lxxxiv}, et le dépôt d'ordre privé, effectué dans un but probatoire et, dans certains cas, pour faire bénéficier la création d'une protection (brevets^{lxxxv}, marques^{lxxxvi}, des dessins et modèles^{lxxxvii}, produits semi-conducteurs^{lxxxviii}).

1.6.1 L'intérêt du dépôt privé

206. Le dépôt du logiciel présente un intérêt non seulement pour le créateur mais aussi pour l'utilisateur.

- **l'intérêt du dépôt pour l'auteur** : le dépôt présente l'intérêt pour l'auteur de préconstituer la preuve de sa création. En effet, si aux termes du Code de la propriété intellectuelle, « *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* », il est déterminant de situer la date de cette création qui permet de fixer le point de départ de la protection accordée par la loi.

207. En outre, la preuve du contenu de la création est nécessaire chaque fois que l'auteur d'un logiciel se trouve dans l'obligation de faire valoir ses droits, par exemple, pour fonder une action en contrefaçon ou en concurrence déloyale. L'espionnage industriel, la copie servile ou « *piratage* », le plagiat, les cas de pillages de programmes sont nombreux.

208. Inversement, si le déposant est assigné en contrefaçon, il lui appartiendra de prouver le contenu de sa création à une date donnée, ce qui lui permet d'établir que son logiciel est antérieur au logiciel du demandeur à l'action en contrefaçon et qu'il ne peut donc être contrefaisant. Dans ces circonstances, le dépôt est un mode de preuve opportun.

209. Enfin, le dépôt peut représenter un impact commercial non négligeable, en garantissant les clients de la pérennité de leur exploitation informatique à condition de déterminer avec précision les éléments qui doivent faire l'objet du dépôt.

- **l'intérêt du dépôt pour l'utilisateur** : l'écriture d'un logiciel est réalisée dans un langage conventionnel compréhensible par l'homme, que l'ordinateur ne peut exécuter, appelé langage « *source* ». Pour que l'ordinateur soit en mesure d'exécuter les instructions écrites par l'auteur dans sa forme source, cette dernière doit être compilée. La compilation permet le passage de la forme source, à la forme objet (suite de 0 et de 1) directement exécutable par l'ordinateur. Ainsi, l'utilisateur d'un logiciel n'a-t-il nullement besoin, dans le cadre d'une simple utilisation, de disposer de la version source.

210. Dans certains cas, l'utilisateur aura cependant besoin de disposer des sources, notamment en cas d'anomalies constatées, de défaillance du fournisseur, ou de demandes de la part des services fiscaux.

211. En cas d'anomalie, due à une erreur de programmation, survenant au cours de l'utilisation du logiciel, l'intervention corrective doit être réalisée sur la version en code source. Le programme source est non seulement indispensable pour la correction des « bogues », mais également pour l'évolution d'un système par la réalisation de « release » ou nouvelles versions.

212. Ainsi, en cas de défaillance de l'auteur d'un logiciel (cessation d'activités de la SSII...), l'utilisateur régulièrement investi d'un droit d'utilisation se trouve particulièrement démuni lorsqu'une anomalie survient, s'il n'a pas pris le soin de se ménager un accès à la forme source du logiciel. Il lui est donc indispensable de s'assurer d'un accès à cette version, afin de pouvoir exécuter lui-même, ou faire exécuter par un tiers, les travaux de maintenance.

213. Comme indiqué précédemment, l'intervention de l'utilisateur sur la forme écrite du logiciel est expressément prévue par la loi du 10 mai 1994^{lxxix} qui énonce que l'utilisateur peut adapter le logiciel sans l'accord de l'auteur si cela s'avère « nécessaire » pour « *permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination, y compris pour corriger des erreurs* » (article L. 122-6-1- I du CPI).

214. Certaines juridictions reconnaissent le droit d'accès au code source du client ayant passé commande d'un logiciel « *spécifique* »^{lxxx}. En effet, pour ce type de logiciel, particulièrement coûteux, il est très important que l'entreprise commanditaire se réserve la possibilité de faire évoluer son informatique.

215. Cependant, il n'est pas systématiquement souhaitable que l'utilisateur soit en possession de la version en code source, dans la mesure où il s'est assuré les services de l'auteur, notamment par le biais d'un contrat de maintenance.

216. Dans l'hypothèse où l'utilisateur se trouve en possession de la version en code source, il pourra, en effet, éprouver des difficultés à imputer à l'auteur du logiciel les anomalies de fonctionnement dont il viendrait à se plaindre. La détention des programmes sources par le client peut donc faire peser une présomption d'intervention sur ces programmes et, dès lors, devenir un facteur de contestation.

217. L'auteur peut refuser d'accorder, ou se trouver dans l'impossibilité d'assurer, une prestation de maintenance ou encore ne pas exécuter ses obligations au titre d'une garantie de bon fonctionnement. Afin de pallier cette situation, le dépôt du logiciel, effectué de façon concomitante à sa remise à l'utilisateur, permet de fixer le contenu du logiciel à la date de livraison. En cas d'anomalies, il conviendra alors de se référer à la version déposée.

218. Les parties peuvent également envisager que l'utilisateur d'un logiciel spécifique, bien que propriétaire du programme obtienne, non pas une remise des sources, mais un simple dépôt, afin de permettre à l'auteur d'exécuter une prestation de maintenance sans risque d'intervention parasite de l'utilisateur sur le logiciel. Dans cette hypothèse, il faudra organiser les conditions d'accès de l'utilisateur à la version en code source déposée.

219. Enfin, le dépôt peut également permettre à l'utilisateur de satisfaire à certaines exigences d'ordre fiscal. La question est articulée autour des dispositions relatives au nouveau plan comptable et à l'article 54 du Code général des impôts, complété par l'alinéa 2 de l'article L 13 du Livre des procédures fiscales.

220. Cet article prévoit que si la comptabilité est établie au moyen d'un système informatique, le contrôle fiscal s'étend à la documentation relative aux analyses, à la

programmation et à l'exécution des traitements. En fait, la loi fiscale ne prévoit aucunement un droit à la détention du programme source pour satisfaire à cette obligation. Elle précise simplement qu'une entreprise doit pouvoir faire la preuve que son système de traitement garantit la possibilité d'un contrôle.

221.C'est sur ce dernier point que repose l'obligation de disposer des programmes sources. L'entreprise doit donc mettre en place une procédure d'accès répondant aux exigences prévues par les textes. Cette procédure peut être organisée contractuellement entre le contrôlé et le détenteur des sources, notamment par la formule du dépôt.

1.6.2 L'objet du dépôt

222.Le logiciel doit être déposé dès les prémices de sa réalisation jusqu'à ses ultimes mises à jour. Selon l'article L. 111-2 du CPI, l'œuvre est réputée créée, donc protégée *« indépendamment de toute divulgation publique du seul fait de la réalisation même inachevée de la conception de l'auteur »*.

223.Ainsi, le logiciel est susceptible d'être protégé dès la réalisation formelle de la conception. Il convient de formaliser la conception, même partiellement. De ce fait, le dépôt des documents relatifs à la conception du logiciel possède un intérêt évident.

224.Il en va de même, bien entendu, de l'ensemble de la documentation afférente à la programmation et à la réalisation des mises à jour. Peuvent être déposés successivement :

- le cahier des charges ou préétude ;
- l'analyse fonctionnelle ;
- l'analyse organique ;
- les programmes sources commentés ;
- la documentation technique et, notamment, la description de l'architecture générale, la description des fichiers, bases de données et dessins d'enregistrement, les définitions des données et codes utilisés, les dossiers techniques de chaque programme, la description des tests de programmes d'intégration, les programmes objets ;
- la documentation d'utilisation et d'exploitation comprenant notamment le manuel d'utilisation et le cahier des messages d'erreur avec points de reprise.

225.De manière générale, on doit considérer que doivent être déposés, outre les programmes, tous les éléments de nature à permettre au tiers bénéficiant du droit d'accès, de réaliser les prestations autorisées par l'auteur déposant.

226.En particulier, le dépôt des seuls programmes sources se révèle généralement insuffisant pour assurer l'exécution des prestations de maintenance curatives ou l'évolution du logiciel par un tiers.

227.De plus s'il s'agit de logiciels munis d'une clé d'utilisation, il est important de déposer également la clé ou l'algorithme de décryptage, à défaut de quoi, l'utilisateur régulièrement investi d'une prérogative d'utilisation, ne pourra continuer à user du logiciel même s'il s'est réservé un accès aux sources des programmes.

228. Le dépôt des documents contractuels régissant l'exercice des droits de propriété intellectuelle de l'auteur, ou celui du droit d'accès par un tiers aux éléments déposés, est nécessaire dans certains cas, par exemple un contrat de travail, stipulant que les logiciels créés par le salarié seront la propriété de ce dernier.

229. Le logiciel étant un produit destiné à une évolution constante, le créateur est amené à effectuer de nombreuses mises à jour à partir du programme d'origine. Pour être efficacement protégées, celles-ci doivent également faire l'objet d'un dépôt. A ce titre, il convient de noter que le règlement général de l'Agence pour la protection des programmes prévoit, en son article 11, qu'un dépôt doit être effectué au moins une fois par an.

230. La question du support sur lequel les éléments seront déposés se pose également. Le logiciel est matérialisé par son support, papier ou magnétique. La pérennité et l'irréversibilité guident le choix du support en vue du dépôt.

231. En effet, l'intérêt du dépôt étant essentiellement probatoire, il convient de disposer d'une preuve qui ne soit pas contestable. A titre d'illustration, l'article 1348 du Code civil modifié par la loi du 12 juillet 1980, dispose que la preuve écrite d'un acte peut être rapportée par une copie lorsque l'original n'a pas été conservé.

232. Cette copie doit être « *la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable* » du titre original. Le législateur a défini lui-même le caractère de la durabilité en exigeant que la copie soit une « *reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ».

233. La qualité du support utilisé doit garantir que l'enregistrement restera intact pendant toute la durée de vie du support. En d'autres termes, l'inscription doit être ineffaçable et occasionner une transformation définitive du support qui ne pourra être altérée par une intervention extérieure sans laisser de trace.

234. Cette considération tend à écarter les supports magnétiques, leur possibilité d'effacement empêchant de les considérer comme indélébiles. En ce sens, la modification du support n'est pas irréversible.

235. Ceci reste valable dans les relations d'affaires entre entreprises commerciales, même si la preuve de la création n'est pas alors soumise aux exigences du Code civil, mais à celles de l'article L. 110-3 du Code de commerce, selon lequel la preuve des actes de commerce peut être rapportée par tous moyens.

236. Le papier offre les meilleures garanties de pérennité et d'irréversibilité. Cependant, le volume qu'il occupe peut lui faire préférer les microfiches, dont la lisibilité est satisfaisante, en particulier dans le cas où l'accès d'un tiers aux éléments déposés est organisé. En pratique, le choix du support sera effectué non seulement pour ses vertus probatoires, mais également en fonction du lieu et de la procédure de dépôt adoptée.

1.6.3 Les diverses formes de dépôt du logiciel

- **le dépôt à l'APP** : l'Agence pour la protection des programmes (APP) a mis au point un système de dépôt et de conservation des sources de programmes informatiques. A ce titre, elle s'est dotée d'un règlement général organisant une procédure très complète d'enregistrement ou de dépôt des codes sources et de leur mise à jour^{lxxxix}.

- **le dépôt sans déplacement** : il est tout à fait possible d'effectuer un dépôt de logiciel chez soi. Tout d'abord, ce dépôt peut être réalisé par le biais de la procédure dite du « *paquet poste* ». Ce système de protection élémentaire consiste à se faire parvenir à soi-même le logiciel par paquet poste recommandé scellé. Ce paquet, soigneusement conservé (donc sans porter atteinte aux scellés), pourra servir de présomption d'antériorité. Il s'agit de la formule la plus simple et la moins onéreuse.

237. En pratique, cette formule n'est envisageable que lorsque le logiciel est destiné au seul usage interne de l'auteur. En cas de revendication d'un tiers sur le logiciel, la procédure du « *paquet poste* » permettra uniquement d'établir la date à laquelle l'auteur présumé disposait du contenu du paquet. En outre, l'auteur prend le risque de la perte des éléments du dépôt, puisque ce dépôt sera réalisé dans ses propres locaux. Enfin, il est inefficace si l'objectif de l'auteur est de permettre également l'accès aux programmes sources à un tiers utilisateur qui dispose régulièrement du droit d'utiliser le logiciel.

238. Ensuite, le dépôt sans déplacement peut s'effectuer selon le système du pli scellé d'huissier. Cette formule est envisageable, l'huissier venant habituellement officier à domicile et le volume des documents à sceller n'étant pas un obstacle, puisqu'il est possible de sceller des caisses ou des malles.

239. De manière générale, les documents, objet du dépôt, sont placés dans une enveloppe spéciale. Un fil métallique entoure l'enveloppe. Les extrémités de ce fil sont soudées et restent imbriquées dans un plomb de scellement. Comme pour la procédure du paquet poste, le pli scellé devra être soigneusement conservé par le déposant. Cette technique du pli scellé d'huissier prête moins à suspicion puisqu'elle est réalisée par un auxiliaire de justice assermenté.

240. Cependant, à l'instar du « *paquet poste* », ce type de dépôt ne permet pas d'organiser valablement l'accès d'un tiers aux programmes sources. Pour éviter tous les risques inhérents à la conservation des documents à l'intérieur des locaux du déposant, il est recommandé d'effectuer le dépôt chez un tiers.

- **le dépôt chez un tiers** : le dépôt chez un tiers peut s'effectuer en divers lieux. Tout d'abord, il peut se réaliser dans un coffre de banque qui apparaît sécurisant en raison de sa réputation d'invulnérabilité. Il suppose que le déposant ait procédé à la location d'un coffre auprès d'un organisme bancaire. Le coffre ne sera ouvert qu'en présence du locataire ou sur son autorisation expresse, donnée par le biais d'une procuration.

241. L'auteur pourra faire la preuve, par tous les moyens, de la date du dépôt dans le coffre : un constat d'huissier décrivant les manipulations effectuées par le déposant est par exemple, envisageable. Cette pratique ne résout cependant pas le problème des conditions d'accès d'un tiers aux éléments déposés. Par ailleurs, ce type de dépôt ne permet pas d'apporter la preuve du contenu du logiciel puisque le locataire du coffre y a un libre accès.

242. Ensuite, le dépôt peut s'effectuer chez un notaire ou un huissier en vue de constituer une preuve irréfragable de la date du dépôt. Le problème de l'accès aux sources par un tiers devra être prévu, le cas échéant, dans l'acte attestant du dépôt effectué.

243. Mais, en tout état de cause, dans le cas d'un dépôt chez un tiers, les dépôts sont enregistrés par des non-spécialistes.

- **le dépôt auprès d'organismes spécialisés** : le dépôt peut aussi s'effectuer auprès de certains organismes. Tout d'abord, le dépôt peut s'effectuer à l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) bien qu'il n'ait pas vocation à protéger les œuvres littéraires et artistiques. Une procédure est prévue : celle de l'enveloppe dite « Soleau », du nom de son inventeur. C'est une enveloppe double dont les deux compartiments se replient l'un sur l'autre, chacun d'eux étant destiné à recevoir une copie des documents dont on fait état.

244.L'enveloppe est adressée à l'INPI en courrier recommandé. La date d'arrivée et un numéro d'enregistrement sont apposés par l'INPI dès réception du pli, par perforations de ce dernier. Les deux compartiments sont ensuite dépliés et séparés, l'un étant conservé par l'INPI et l'autre retourné à l'expéditeur. Le dépôt est prévu pour cinq ans renouvelables, en contrepartie du paiement d'une taxe de gardiennage.

245.Cependant, la technique de l'enveloppe « Soleau » ne paraît pas adaptée au logiciel, en raison d'une part, des contraintes de volumes liées à l'enveloppe (elle ne doit pas dépasser trois millimètres d'épaisseur), et d'autre part du risque de perforation du contenu qui empêche de placer des supports numériques dans l'enveloppe.

246.Le dépôt peut aussi s'effectuer à la Société des gens de lettres de France (SGDLF), organisme de gestion collective des droits des auteurs. Elle enregistre plus particulièrement des dépôts de manuscrits et accepte le dépôt des listages de logiciels et de progiciels, scénarios ou organigrammes.

247.Le dépôt y est effectué pour une durée de quatre ans renouvelable. Les formalités sont très peu contraignantes, puisqu'il suffit d'introduire les documents à déposer dans une enveloppe cachetée soit au moyen d'un bâton de cire, soit au moyen d'une signature apposée sur le pli de l'enveloppe.

248.Sur l'enveloppe doivent figurer le nom et le prénom de l'auteur ainsi que le titre de l'œuvre. Cette enveloppe est soit déposée sur place contre remise d'un récépissé, soit envoyée par correspondance en recommandé au siège de la SGDLF.

249.Cependant, pour ces différents modes de dépôt, il n'est fourni aucun conseil technique au déposant quant aux documents à déposer, aux mises à jour à effectuer et à l'organisation des modalités d'accès aux éléments déposés par un tiers. Il est donc conseillé d'avoir recours à un organisme plus spécialisé en matière informatique.

250.De surcroît, ni la Société des gens de lettres ni l'Institut national de propriété industrielle ne sont susceptibles de fournir des prestations annexes, comme peuvent en offrir des organismes spécialisés, tels que l'Agence pour la protection des programmes.

251.Le choix du lieu de dépôt du logiciel dépendra du type de diffusion du logiciel, l'envoi d'un paquet par la poste, le dépôt d'une enveloppe « Soleau » à l'INPI, ou encore le dépôt chez un notaire pouvant suffire à assurer la protection d'un logiciel non diffusé ou à diffusion limitée, mais étant insuffisants pour des logiciels de grande diffusion qui doivent être déposés auprès d'un organisme spécialisé.

252.De la même façon, le choix du dépôt dépendra de l'état d'achèvement du logiciel, le dépôt auprès d'un huissier, d'un notaire ou de l'Agence pour la protection des programmes concernant de manière générale les logiciels achevés, faisant, le cas échéant, l'objet d'une commercialisation, et la pratique du « *dépôt sans déplacement* » ne pouvant être envisagée que pour des travaux en cours.

253. Les parties à un contrat de licence d'utilisation ou de distribution de logiciel mettront en œuvre une convention de séquestre amiable qui permettra d'organiser les modalités d'accès aux éléments déposés par le licencié ou le distributeur.

- **la convention de séquestre amiable** : en matière de logiciel spécifique, la jurisprudence semble admettre un droit d'accès aux sources même en l'absence de dispositions contractuelles^{lxxxii}. Il n'en est pas de même en matière de progiciel. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Melun a précisé qu'en l'absence de stipulation expresse, la fourniture d'un logiciel standard n'entraîne pas automatiquement la délivrance d'une source correspondante^{lxxxiii}.

254. Le dépôt du logiciel permet à un fournisseur de rassurer ses clients sur la pérennité de son produit et de leur offrir le bénéfice d'un accès aux programmes sources, dans les conditions établies par une convention de séquestre.

255. En effet, si le client souhaite modifier ou adapter son logiciel, et qu'il désire réaliser ces adaptations lui-même, ou par une société tierce, il devra pouvoir accéder aux sources. Ainsi, les parties ayant convenu de l'utilité d'un dépôt des sources devront accompagner ce dépôt de dispositions contractuelles précises organisant les conditions d'accès aux sources ou de transfert des sources dans diverses circonstances.

256. Ces conventions s'avéreront d'autant plus indispensables si le dépôt est effectué auprès d'un tiers non spécialisé (banquier, notaire, huissier). En effet, ces dépôts n'ont qu'un intérêt probatoire bénéficiant à l'auteur du logiciel et ne fournissent, *a priori*, aucune garantie à son cocontractant.

257. En revanche, le dépôt à l'Agence pour la protection des programmes entraîne obligatoirement l'adhésion du déposant au règlement général de l'Agence, qui stipule que l'utilisateur pourra accéder aux codes sources en cas de défaillance du créateur. Il convient de relever toutefois que ce droit ne pourra être exercé par l'utilisateur que si le contrat de licence vise expressément cet article du règlement intérieur de l'APP.

258. Le même article précise que la défaillance du créateur du logiciel sera appréciée par une commission d'arbitrage. Cependant, les parties à une convention de séquestre pourront déroger contractuellement aux dispositions du règlement général, et prévoir dans quelles circonstances le créateur du logiciel sera considéré comme défaillant.

259. La société Logitas, spécialisée dans le dépôt des logiciels, propose un contrat type de convention de séquestre.

260. Ainsi, les parties auront tout intérêt à définir précisément les circonstances justifiant la remise des codes « sources ». Elles devront envisager non seulement les défaillances liées à la disparition ou la cessation d'activité du créateur du logiciel, mais encore un certain nombre de cas de défaillances techniques.

261. Par ailleurs, les parties devront convenir d'une procédure de consultation ou de remise des sources à l'utilisateur lorsque celui-ci désire réaliser lui-même, ou faire réaliser, des modifications ou adaptations sur le produit. Cette procédure devra être contradictoire, c'est-à-dire qu'elle doit prévoir l'intervention du créateur et de l'utilisateur du logiciel ainsi que le recours à un arbitre, en cas de litige entre les parties.

262. Seront également précisés les documents annexes qui devront être fournis à l'utilisateur en même temps que les codes « sources » du logiciel. Par ailleurs, la convention de séquestre doit indiquer les droits et obligations de chacune des parties relatives aux

codes « sources ». Ainsi, s'agissant d'une simple consultation du code « source », l'utilisateur est tenu à une obligation de confidentialité.

263.Par contre, en cas de remise définitive du code « source » à l'utilisateur, il est bon de rappeler que celle-ci n'entraînera nullement le transfert des droits de propriété intellectuelle portant sur le logiciel. Cette clause prendra une importance déterminante en cas de procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du créateur du logiciel.

264.En effet, le mandataire-liquidateur de la société titulaire du droit d'auteur portant sur le logiciel pourrait s'opposer au transfert des sources si ce avait pour effet de transférer la titularité des droits d'auteur du logiciel à l'utilisateur. A ce propos, et dans le cas de licence d'utilisation d'un logiciel étranger, il conviendra de s'interroger sur l'opposabilité de la convention de séquestre au regard du droit de la faillite de l'état où exerce le créateur.

1.7 Les mentions particulières

265.Une formule de copyright apposée sur les programmes et la documentation constitue pour l'auteur du logiciel un moyen de lutter contre le pillage de son œuvre. Une telle mention n'est pas obligatoire, en France tout au moins, mais elle est recommandée car elle permet d'associer le nom de l'auteur aux éléments déposés et surtout d'attirer l'attention sur le fait qu'il s'agit d'une œuvre de l'esprit dont les droits sont réservés.

266.Elle est nécessaire au plan international, en particulier en cas d'enregistrement au Copyright Office américain. Cet enregistrement n'est plus obligatoire depuis l'adhésion des Etats-Unis à la convention de Berne en 1986.Cependant, il est recommandé d'y procéder.

267.La formule de copyright se compose de trois éléments figurant sur une même ligne et sans séparation :

- le symbole © ou la mention « copyright » en toutes lettres ;
- le nom du titulaire du droit d'auteur ;
- l'indication de l'année de la première divulgation du logiciel.

268.Cette mention doit apparaître sur les principaux états d'entrées et de sorties du logiciel. Il en est ainsi :

- du premier écran ;
- du ou des écrans jouant un rôle déterminant dans l'application ;
- de la première édition d'un état lors d'une utilisation quelconque ;
- de ou des états fondamentaux de l'application.

269.De même, la formule © ou COPYRIGHT (nom de l'auteur du logiciel) avec la date doit apparaître sur les documents suivants :

- analyse fonctionnelle ;
- analyse organique ;

- dossiers de programmation ;
- listings des programmes ;
- dossier utilisateurs ;
- dossier de maintenance ;
- publicité commerciale.

270.En ce qui concerne la documentation d'utilisation, il est utile d'apposer le texte suivant:

- « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* » (article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle).

271.Il est recommandé de rappeler que cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait le délit de contrefaçon sanctionné par le Code de la propriété intellectuelle.

272.De la même façon, toute représentation ou reproduction de tout ou partie de la documentation entraînerait la représentation de tout ou partie du programme informatique associé et constituerait une contrefaçon tant de la documentation que des programmes.

273.Pour ce qui est des supports, il est intéressant d'apposer la formule © ou COPYRIGHT (nom de l'auteur du logiciel) avec la date.

1.8 Les pièges techniques

274.Il peut être intéressant d'insérer des pièges techniques afin d'identifier l'origine des actes de contrefaçon ou de pillage. Pour ce faire, il convient de mettre en place une procédure qui fait correspondre exactement un programme à un client. Il existe plusieurs techniques pour y arriver.

275.Ces pièges peuvent consister en :

- des instructions inutiles qui ne remettent pas en cause le bon fonctionnement du traitement (boucles mortes...) ;
- des fautes d'orthographe ;
- tous autres signes distinctifs.

276.Deux techniques simples et opérationnelles peuvent être privilégiées, à savoir :

- l'identification d'un client par l'apposition d'un message ;
- la mise en place d'une horloge.

277.L'identification d'un client par l'apposition d'un message consiste à créer un algorithme qui identifie un programme à un client donné. Par exemple, le premier client pourra avoir

un état de sorties dans lequel la marque se situe en quatrième colonne sur le premier écran. Le deuxième client utilisant le logiciel aura un état où figure la marque sur le deuxième écran en cinquième position et ainsi de suite. L'algorithme qui précise cette relation est déposé en même temps que les programmes et la documentation associée.

278.Par ce biais, lorsqu'un contrefacteur se trouve en possession d'une copie du logiciel, il sera extrêmement facile de trouver l'origine de la contrefaçon. De ce fait, on pourra, le cas échéant, obtenir la condamnation, de manière conjointe, du contrefacteur et du licencié qui aurait volontairement permis la réalisation de copies illicites.

279.La mise en place d'une horloge consiste à unir le contrat de maintenance avec le contrat de licence d'utilisation du logiciel. Une horloge passe un certain seuil, il apparaît un message d'erreur de type hardware, c'est-à-dire matériel, qui empêche l'exploitation du logiciel et ne permet pas au contrefacteur d'apprécier exactement le blocage.

280.Par ce biais, il est obligé d'intervenir lui-même sur les programmes, ce qui est a priori, impossible dans la mesure où il n'a pas les programmes sources, ou d'appeler le client qui possède normalement le logiciel, qui lui-même sera obligé de répercuter la demande auprès du titulaire des droits d'auteur.

281.De ce fait, ce dernier pourra disposer d'un révélateur de copies illicites et de marquage de l'origine.

1.9 Les mesures techniques

282.La directive communautaire du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information définit la notion de « *mesures techniques* » comme :

- « *toute technologie, dispositif ou composant qui est destiné à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, par le moyen d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie* » (Directive n 2001/29/CE du 22 juin 2001).

283.Les dispositions de cette directive ont pour objet de permettre au titulaire de droits de contrôler l'accès et l'utilisation de leurs œuvres grâce au chiffrement et au contrôle des informations.

284.La directive communautaire prévoit en outre l'obligation pour les Etats membres de prévoir des dispositifs juridiques contre le contournement de toute mesure technique efficace.

285.La date butoir de transposition de ce texte était fixée au 22 décembre 2002.

286.La directive a finalement été transposée en droit français par la **Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information**.

287.L'article L. 331-5 du CPI précise la notion de mesure technique comme :

- « *toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction* » destiné à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin

du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme.

288. De telles mesures sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

289. A ce titre, un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique.

290. Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur, ni ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par Code de la propriété intellectuelle, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits.

291. L'Autorité de régulation des mesures techniques, dont les fonctions ont depuis été dévolues à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) par la loi du 12 juin 2009^{xxxxiv}, veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 du CPI n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme.

2. Le droit d'exploitation du logiciel

2.1 Le droit d'exploitation

292. L'auteur d'un logiciel bénéficie d'un droit d'exploitation sur sa création lui permettant d'obtenir une rémunération en contrepartie des droits qu'il va céder. Cependant, depuis la loi de mai 1994, de nombreuses dérogations sont prévues au profit de l'utilisateur.

293. Le droit d'exploitation est défini par la loi du 10 mai 1994 comme le « *droit d'effectuer ou d'autoriser* », dans certaines conditions examinées ci-après :

- la reproduction ;
- l'adaptation ;
- la distribution du logiciel (art. L. 122-6-3 du Code de la propriété intellectuelle).

294. Cette notion de « *droit d'effectuer et d'autoriser* » était nouvelle.

2.1.1 Le droit de reproduction

295. En matière de logiciel, la reproduction est définie par la loi comme comprenant :

- « *la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou en partie par tout moyen et sous toute forme* » ;
- ainsi que « *le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel* » nécessitant une reproduction (article L. 122-6-1° du CPI).

296. L'article L. 122-5 du CPI dispose que lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les représentations privées et gratuites, effectuées exclusivement dans un cercle de famille, les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à l'utilisation collective.

297. Toutefois, l'exception de copie privée ne s'applique pas au logiciel.

298. La copie privée constitue donc, en matière de logiciel, une violation du droit d'auteur susceptible de sanctions, sauf exceptions. Des dérogations à ce principe ont été instituées par la loi de 1985 puis la loi de 1994 en faveur de :

- la copie autorisée par contrat (article L. 122-6-1° du CPI) ;
- la copie de sauvegarde aux fins de sécurité ;
- l'utilisation du logiciel conformément à sa destination.

299. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris confirmé par la Cour de cassation a défini quel était le véritable statut de la copie de sauvegarde.

300. Il s'agissait, en l'espèce, d'une société de distribution de logiciels (LCE) qui avait ajouté des mesures techniques à ses logiciels, pour faire échec à la reproduction illicite de ses programmes.

301. Les sociétés Atware et PC Mart ont mis au point un moyen d'obtenir des copies en nombre illimité s'ajoutant à celle de sauvegarde et ont mis en vente des programmes informatiques dits de « déplombage », leur fonction étant de permettre la reproduction de logiciels munis d'un système de protection contre la duplication.

302. La Cour de cassation a estimé que l'article L. 122-6 du CPI ne confère pas à l'utilisateur un droit d'établir lui-même des copies du logiciel original :

303. *« (...) dès lors qu'il a reçu du vendeur une copie de sauvegarde, fut-elle unique et protégée contre les reproductions, l'acheteur est rempli de ses droits au regard de l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985, d'où il suit qu'est illicite la vente à cet acquéreur de procédés lui permettant d'établir lui-même, en plus grand nombre, des copies de sauvegarde du logiciel original, lesquelles ne comporteraient pas le système de protection dont celui-ci est doté »*^{lxxxv}.

304. L'article L. 122-6 du CPI ne confère donc à l'utilisateur légitime d'un logiciel qu'une simple faculté et non un droit d'établir sa propre copie de sauvegarde. En vertu de cet article, celui-ci dispose en effet de la faculté de pouvoir, en toute circonstance, disposer d'une copie de sauvegarde du logiciel^{lxxxvi}.

305. La jurisprudence se montre assez sévère dans l'interprétation de cet article dans la mesure où elle ne limite pas son application aux cas où l'utilisateur se sert du logiciel sans autorisation et le commercialise. Elle considère que l'article L. 122-6 du CPI peut s'appliquer même si le logiciel n'a pas été commercialisé et même si les copies réalisées étaient inexploitable :

- *« Attendu qu'elles ne peuvent pas davantage soutenir que les copies réalisées étaient inexploitable, la contrefaçon étant constituée indépendamment de l'importance et de l'utilité possible de la reproduction »*^{lxxxvii}.

2.1.2 Le droit d'utilisation

- **le principe** : Le droit d'utilisation, non expressément visé dans l'article L. 122-6-1° du CPI, est englobé dans la définition du droit d'exploitation dont jouit l'auteur. Il se compose du droit « *d'effectuer et d'autoriser la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur* ».

306. Le droit d'utilisation est, de ce fait, soumis à l'accord de l'auteur.

- **les exceptions** : l'accord de l'auteur n'est pas justifié lorsque l'utilisation normale du logiciel est conforme à sa destination, y compris pour corriger les erreurs (article L. 122-6-1-I du CPI).

307. Par ailleurs, et comme indiqué ci-dessus, l'utilisateur est autorisé à analyser et décompiler le logiciel sous certaines conditions.

2.1.3 Le droit de représentation

308. « *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque et notamment :*

- *par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;*
- *par télédiffusion.*

309. *La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.*

310. *Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite ».*

311. Le législateur a entendu définir la notion de représentation dans son sens le plus large. En matière informatique, la représentation pourra résulter du téléchargement de logiciels par ondes hertziennes diffusées à titre expérimental par certaines radios ou encore de jeux dits « d'arcade »^{boxviii} intégrés dans une base de données et diffusés à travers un réseau de télécommunication.

312. La Cour d'appel de Paris a considéré que la diffusion d'images produites par un logiciel dans un film publicitaire à la télévision constituait une représentation de l'œuvre et devait donc faire l'objet de l'autorisation de l'auteur :

- « *Est une contrefaçon la représentation sans autorisation de l'auteur, dans un film publicitaire sur des ordinateurs, d'images produites par un logiciel de jeu* »^{boxix}.

313. La représentation du logiciel est soumise à l'accord de l'auteur (art. L. 122-6 1° du CPI). Elle peut s'effectuer sans cet accord dans le seul but de permettre l'utilisation du logiciel conformément à sa destination, y compris pour corriger des erreurs (art. L. 122-6-1 I du CPI).

2.1.4 Le droit d'adaptation

314. Le droit d'adaptation est défini par l'article L. 122-6 2° du CPI comme :

- « *La traduction, l'adaptation, l'arrangement, ou toute autre modification, d'un logiciel et la reproduction en résultant* ».

315. L'adaptation du logiciel se trouve soumise à l'accord de l'auteur sauf lorsqu'elle s'avère nécessaire pour :

- « *permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination* » ;
- « *y compris pour corriger des erreurs* » ;
- sauf clause déterminant les modalités d'adaptation nécessaires ou réservant à l'auteur le droit de correction (art. L. 122-6-1 I du CPI).

316. Concernant les modifications effectuées dans le cadre du droit d'adaptation, l'article L. 121-7 du CPI précise que sauf stipulation contraire, l'auteur d'un logiciel ne peut s'opposer à ces modifications, dès lors que celles-ci ne sont préjudiciables ni à son honneur ni à sa réputation.

317. La question de la remise des sources n'a pas été abordée par la loi, alors que l'adaptation n'est possible qu'à la condition d'en disposer. Ici aussi, les documents contractuels devront être adaptés et préciser notamment :

- les conditions d'utilisation du logiciel ;
- la destination du logiciel ;
- l'accès aux sources.

318. En l'absence de règles expresses, des revendications se sont élevées de la part d'utilisateurs et plusieurs juridictions ont statué en faveur de la remise des sources.

319. La Cour d'appel de Bordeaux est allée jusqu'à exiger cette remise en matière de réalisation de logiciel spécifique, lorsque le fournisseur a cessé toute activité informatique^{xc}, le condamnant alors à communiquer à son ancien client les codes sources du logiciel spécifique.

320. En l'espèce, le client ne pouvait faire procéder à l'entretien normal de ses logiciels ni par son fournisseur, qui avait cessé toute activité informatique, ni par une autre société, faute de disposer d'une version du logiciel en code source. La Cour a fondé son raisonnement sur l'article 1135 du Code civil selon lequel :

- « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

321. Citant l'expert, la Cour a considéré que l'usage et l'équité imposaient au fournisseur de consentir au client un droit d'utilisation des codes sources dans la mesure où le montant des travaux de réalisation du logiciel avait été entièrement réglé.

322. En outre, elle a précisé qu'il s'agissait seulement d'un droit d'utilisation et que le client devait en faire un usage exclusif. En conséquence, ce dernier ne peut se dessaisir des codes sources et doit les tenir à la disposition de son cocontractant.

323.La Cour a ainsi ordonné la remise des codes sources pour que l'utilisateur puisse procéder à « *l'entretien normal de ses logiciels* », sans pour autant préciser l'étendue des droits de l'utilisateur, notamment si l'entretien couvrirait ou non la réalisation de nouveaux développements.

324.Si une telle jurisprudence était amenée à se développer, les droits de propriété intellectuelle du développeur sur ses réalisations ainsi que le principe de liberté contractuelle seraient gravement atteints. En revanche, il est vrai qu'au regard de « l'équité », il est *a priori* injuste qu'un client ayant commandé et payé la réalisation d'un logiciel n'ait qu'un droit d'utilisation limité et que la pérennité de ce logiciel ne puisse être garantie lorsque la question de la propriété ou du droit d'accès aux programmes sources n'a pas été abordée de façon satisfaisante ou efficace.

325.Par ailleurs, un tribunal a ordonné la remise des programmes sources des logiciels spécifiques en constatant que :

- « *Sans l'usage de la source, le détenteur de l'application n'a pas la possibilité d'utiliser de façon complète le logiciel, puisque techniquement, seul le code source permet la maintenance du produit et son évolution en fonction des besoins de l'utilisateur* » ;
- le fournisseur ne subissait aucun préjudice du fait de la duplication possible des sources^{xci}.

326.Les juges envisagent la remise des codes sources, en distinguant le cas du logiciel spécifique et celui du progiciel. Ils ont ainsi noté :

- « (...) *que le progiciel est un produit standard qui ne répond pas à des préoccupations originales ; que la prestation, alors fournie, pour un coût moindre n'a pas pour finalité d'inclure l'usage du code source du progiciel ; que la détention du code source par l'utilisateur du progiciel n'est pas indispensable ; que le client a la possibilité, s'il se trouve dans la nécessité d'obtenir la source, de se retourner vers la société fournisseur pour obtenir sa collaboration ; qu'en conséquence, en l'absence de stipulation expresse, la fourniture d'un logiciel standard n'entraîne pas automatiquement la délivrance du code source correspondant ; (...)*
- *qu'en revanche, dans l'hypothèse de la prestation d'un logiciel spécifique, le client obtient le résultat d'un travail qu'il a spécialement commandé, auquel il a généralement participé et qui correspond à des préoccupations originales ; que le prix est alors supérieur à la simple mise à disposition d'un progiciel ; que l'utilisateur d'un logiciel spécifique dispose dans le cadre de cette prestation, du droit de pouvoir le maintenir et le modifier en fonction de ses besoins personnels, sans devoir faire appel à la société fournisseur ;*
- *qu'en conséquence, la communication des sources à l'utilisateur s'impose, les sources représentant alors un accessoire de la prestation fournie* ».

327.Dans la mesure où il n'existe pas de droit d'accès aux sources et où la jurisprudence n'est pas encore parfaitement établie, il est indispensable que les parties conviennent d'une clause contractuelle encadrant précisément l'accès aux sources.

2.1.5 Le droit de distribution

328. Le droit de distribution appartient à l'auteur.

329. L'article L. 122-6 du CPI, issue de la loi n° 94-361 du 10 mai 1994, reprend la règle de l'épuisement des droits, consacrée dans la directive du 14 mai 1991, dans les termes suivants :

- « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :*

(...) 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire ».

330. La règle de l'épuisement des droits représente la synthèse du conflit qui oppose la libre circulation des produits au sein du marché intérieur à la nécessaire protection de la propriété intellectuelle.

331. Pour effectuer cette synthèse, la Cour de justice de l'Union européenne a opéré une sélection entre les différents droits d'exploitation attachés aux droits de propriété intellectuelle et a considéré que, dans le cadre du droit de l'Union européenne, l'exercice de certains des droits d'exploitation attachés au droit d'auteur épuise ces droits à leur premier usage.

332. Dans un arrêt C-78/70 du 8 juin 1971, la CJCE a considéré que :

- « *Si le traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le traité ;*
- *Que, s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété »*

333. Cette position impliquait, d'une part, la définition de l'objet spécifique du droit d'auteur et d'autre part, de déterminer les conséquences précises de l'épuisement de ce droit.

334. Dans un arrêt C-58/80 du 22 janvier 1981, la CJCE a défini la notion d'épuisement du droit en précisant que :

- « *L'autorité judiciaire d'un Etat membre ne saurait interdire, en vertu d'un droit d'auteur ou d'un droit de marque, la commercialisation, sur le territoire de cet Etat, d'une marchandise couverte par un de ces droits lorsque cette marchandise a été écoulee de manière licite, sur le territoire d'un autre Etat membre, par le titulaire de ces droits ou avec son consentement ».*

335. Enfin, dans un arrêt C-92/92 du 20 octobre 1993, la CJCE a défini l'objet spécifique du droit d'auteur comme :

- « *La protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires* ».

336. Il existe donc deux catégories de droits d'exploitation :

- les droits qui correspondent à l'objet spécifique du droit intellectuel en cause et qui sont protégés en permanence ;
- les droits qui ne sont protégés que temporairement. Le premier exercice de ces droits les épuise et ils ne peuvent plus être de nouveau exercés. L'existence subsiste, mais l'exercice n'est plus possible.

337. Le droit de distribution d'une œuvre relevant du droit d'auteur est normalement soumis à l'autorisation de l'auteur. Mais l'auteur perd le droit de contrôler la distribution de chaque exemplaire de cette œuvre, dès leur première vente, au profit de la libre circulation des marchandises.

338. La règle de l'épuisement des droits laisse au titulaire des droits de propriété intellectuelle le choix du moment où il va mettre sur le marché un certain nombre d'exemplaires de son produit, mais, une fois qu'il a exercé ce droit de commercialisation, celui-ci est épuisé pour ces exemplaires mis sur le marché qui doivent pouvoir circuler librement dans l'Union européenne, sauf atteinte à l'objet spécifique du droit intellectuel lié au produit en cause.

339. Il s'est posé la question de savoir si cette règle ne concernait que les supports de l'œuvre logicielle ou si l'épuisement concernait également le droit d'usage lié à une licence.

340. Par un arrêt C-128/11 du 3 juillet 2012, la CJUE a dit pour droit que :

- « *Le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé si le titulaire du droit d'auteur, qui a autorisé, fût-il à titre gratuit, le téléchargement de cette copie sur un support informatique au moyen d'Internet, a également conféré, moyennant le paiement d'un prix destiné à lui permettre d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire, un droit d'usage de ladite copie, sans limitation de durée.*- *En cas de revente d'une licence d'utilisation emportant la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur téléchargée à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur, licence qui avait été initialement octroyée au premier acquéreur par ledit titulaire du droit sans limitation de durée et moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre à ce dernier d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de ladite copie de son œuvre, le second acquéreur de ladite licence ainsi que tout acquéreur ultérieur de cette dernière pourront se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution* »

341. Ainsi, la CJUE a, d'une part, reconnu l'épuisement du droit dès lors que l'auteur a autorisé le téléchargement de son logiciel et, d'autre part, admis la possibilité pour le titulaire d'une licence d'utilisation de la revendre, créant ainsi le marché du logiciel d'occasion.

342. En revanche, l'épuisement du droit de distribution des exemplaires des œuvres n'exclut pas le droit de s'opposer à tout acte de contrefaçon et notamment celui de saisir

tout exemplaire qui n'a pas été commercialisé avec le consentement de l'éditeur. Toute mise en circulation d'autres exemplaires authentiques non autorisés par l'auteur, ou contrefaisants, porte atteinte au monopole d'exploitation non épuisé.

2.1.6 La transmission des droits patrimoniaux

343. L'auteur peut transmettre ses droits patrimoniaux soit en les cédant, soit en les abandonnant au profit de la collectivité.

- **la cession des droits patrimoniaux** : la cession des droits patrimoniaux est strictement encadrée par les articles L. 131-1 à L. 131-8 du CPI.

344. Selon l'article L.131-3 du CPI, les logiciels (comme n'importe quelle œuvre de l'esprit) doivent être clairement visés dans l'acte de cession d'un fonds de commerce, faute de quoi ils resteront la propriété du cédant. Ce principe a été rappelé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 février 1993.

345. Il s'agissait, en l'espèce, de la société ISTG, qui, ayant acquis l'ensemble d'un domaine d'activité « Hewlett-Packard » de la société C2S, se prétendait propriétaire du logiciel Process mis au point par cette branche.

346. La Cour d'appel a considéré qu'en vertu de l'article L. 131-3 du CPI, la transmission du logiciel n'avait pas été expressément prévue dans l'acte de cession et que :

- *« Les termes employés, qui auraient pu certes être mieux choisis et plus précis, n'emportent pas reconnaissance d'un transfert de propriété mais seulement d'une concession par C2S à ISTG de l'usage d'un logiciel qui créé pour le matériel Hewlett-Packard devait très logiquement rester à la disposition des utilisateurs dudit matériel dans la société constituée après la scission, tandis que le logiciel Superact, créé pour le matériel IBM, demeurerait chez C2S ; qu'à l'évidence, cette dernière n'a nullement renoncé à la propriété du logiciel Process avec tous les droits qui en découlent et en particulier celui de l'adapter pour répondre à ses propres besoins »^{xcii}.*

347. Pour les logiciels, depuis la loi du 3 juillet 1985, la rémunération de la cession peut être forfaitaire (article L. 131-4 du CPI) et dans ce cas pourra faire l'objet d'une révision en cas de lésion de plus des sept douzièmes (article L. 131-5 du CPI).

348. Cette lésion a été retenue par une décision du Tribunal de grande instance de Nanterre, dans une affaire où il y avait eu cession d'un logiciel « Autotuteur » par une personne à la Société Framatome en vue d'un contrat avec l'armée de terre, intéressée par ce produit. Le Tribunal a considéré qu'il y avait eu lésion de plus des sept douzièmes dans la mesure où le prix qui avait été payé (500 000 francs) :

- *« (...) paraît sans commune mesure avec le prix auquel il était en droit de prétendre du fait de la nature et de l'intérêt du produit, des applications qui en ont été ou peuvent encore en être faites, de l'exploitation qui en est poursuivie tant au plan national, qu'international, de la notoriété qui peut en résulter pour Framatome »^{xciii}.*
- **l'abandon des droits patrimoniaux** : l'auteur d'un logiciel peut souhaiter qu'il soit mis à la disposition du public en contrepartie uniquement des sommes couvrant le prix du support et les frais de commercialisation. Cette technique d'origine

américaine qu'on appelle « freeware » implique que l'auteur renonce à ses droits patrimoniaux.

349.Elle ne doit pas être confondue avec le « shareware » ou « logiciel contributif » qui est défini par l'arrêté du 19 février 1993 comme le : « (...) logiciel mis à la disposition du domaine public par son auteur moyennant le versement d'une contribution en cas d'utilisation effective »^{xciv}.

350.Le « shareware » n'est donc pas une renonciation par l'auteur à ses droits patrimoniaux, comme le souligne le Tribunal de commerce de Paris dans une décision du 8 septembre 1992, en admettant que l'auteur d'un logiciel peut « enchaîner » une diffusion en « shareware » à une diffusion traditionnelle sur un même logiciel d'une même version.

351.En l'espèce, A. avait organisé la diffusion de ses logiciels de cuisine en « shareware » par un certain nombre de diffuseurs télématiques par téléchargeurs. Par la suite, il décidait de choisir un autre mode de diffusion, celui-ci traditionnel, concédant l'exclusivité de l'exploitation à un seul commerçant. Ce dernier agissait contre les premiers centres serveurs pour l'exploitation sans droit desdits logiciels.

352.Le Tribunal ne lui a pas donné raison en considérant que l'auteur d'un logiciel :

- « (...) ayant opté dans un premier temps pour la diffusion en « shareware » n'a pas abandonné alors ses droits patrimoniaux, même si leur rémunération est parfaitement aléatoire, et qu'il peut à tout moment revenir à une exploitation traditionnelle puisque à aucun moment il n'a mis son œuvre dans le domaine public »^{xcv}.

2.2 La contrefaçon

353.Pour que la contrefaçon puisse être invoquée et donc sanctionnée, il faut encore avoir les moyens d'en rapporter la preuve.

2.2.1 La saisie-contrefaçon

354.Compte tenu de la spécificité des logiciels, le législateur a conçu une procédure de saisie-contrefaçon particulière. La procédure de contrefaçon prévue à l'article L. 332-4 du CPI est très largement inspirée de la procédure de saisie-contrefaçon applicable en matière de brevets.

355.L'article L. 332-4 du CPI, modifié par la Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, prévoit deux types de saisies :

- la saisie réelle ;
- la saisie descriptive.

356.La saisie réelle ne peut être pratiquée qu'en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal de grande instance l'autorisant.

357.En revanche, la saisie descriptive prévue à l'alinéa 4 de l'article L. 332-4 du CPI permet à tout auteur d'un logiciel de faire procéder à la saisie description du logiciel contrefaisant

par un commissaire de police sans autorisation du Président du Tribunal de grande instance.

358.A défaut d'assignation ou de citation dans un délai fixé par voie réglementaire, la saisie-contrefaçon est nulle.

359.Le décret fixant les conditions de délais pour introduire une action au fond a été publié le 27 juin 2008. Celui-ci a modifié la règle traditionnelle des quinze jours.

360.Désormais, le délai imparti au demandeur pour se pourvoir au fond est de vingt jours ouvrables ou de trente et un jours civils si ce délai est plus long, à compter de la date de l'ordonnance. Le saisissant doit donc saisir les tribunaux compétents dans ce délai à compter de la saisie pratiquée, sous peine de nullité de la mesure pratiquée.

361. Les tribunaux compétents pour juger de la réalité de la contrefaçon sont ceux désignés par les règles ordinaires de la procédure civile, sauf en ce qui concerne les litiges entre employeur et salarié relatifs à la titularité des droits d'auteur portant sur les logiciels qui sont soumis au Tribunal de grande instance du siège social de l'employeur, en application du deuxième alinéa de l'article L. 113-9 du CPI.

362.Par ailleurs, les parties pourront également recourir à l'arbitrage sans pour autant que la saisie soit nulle au regard de l'article L.332-4 du CPI^{xvii}.

2.2.2 Les sanctions de la contrefaçon

- **les sanctions pénales** : les atteintes portées aux droits d'auteur sont constitutives du délit de contrefaçon (article L. 335-3 du CPI).

363.L'article L. 122-6 du CPI sanctionne toute atteinte portée à l'auteur concernant son droit d'effectuer et d'autoriser :

- la reproduction du logiciel (art. L. 122-6 1° du CPI) ;
- l'utilisation du logiciel, comprise dans la définition de la reproduction ;
- la représentation du logiciel, comprise dans la définition de la reproduction ;
- l'adaptation du logiciel (art. L. 122-6 2° du CPI) ;
- la distribution du logiciel (art. L. 122-6 3° du CPI).

364.Les dispositions des articles L. 335-2 et suivants du CPI précisent que le délit de contrefaçon est puni de trois ans d'emprisonnement et de 500 000€ d'amende.

365.En outre, le tribunal peut ordonner :

- la fermeture, totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement exploité par le condamné (article L. 335-5 du CPI) ;
- le retrait des circuits commerciaux des objets jugés contrefaisants et de toute chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction (article L. 335-6, alinéa 1 du CPI) ;

- la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ainsi que celle des produits contrefaisants (article L. 335-6, alinéa 2 du CPI) ;
- la destruction, aux frais du condamné, ou la remise à la partie lésée des objets et choses retirés des circuits commerciaux ou confisqués (article L. 335-6, alinéa 3 du CPI) ;
- la publication intégrale, ou par extraits, dans des journaux désignés (article L. 335-6, alinéa 4 du CPI).

366.L'article L. 335-10 du CPI prévoit la possibilité, pour l'auteur, de faire retenir à la douane des objets contrefaisants, sur demande écrite assortie de justifications.

367.L'auteur dispose alors de dix jours pour saisir la justice ou faire procéder à une saisie conservatoire, à défaut de quoi la mesure sera levée de plein droit.

368.Dans le cadre de son action en justice, il pourra obtenir, de la part des douanes, communication de l'identité de l'expéditeur, de l'importateur, du destinataire ou du détenteur des objets soupçonnés de contrefaçon ainsi que de leur quantité.

369.Enfin l'article L. 335-8^{xcvii} du CPI prévoit la responsabilité des personnes morales dans les conditions de l'article 121-2 du Code pénal pour les infractions définies aux articles L. 335-2 à L. 335-4-2 du CPI.

370.Les peines encourues par les personnes morales sont l'amende, suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du Code pénal et les peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal^{xcviii}.

PEINES PRINCIPALES	PEINES COMPLEMENTAIRES	PEINES EN CAS DE RECIDIVE OU DE CONTRAT PASSE AVEC L'AUTEUR	PEINES EN CAS DE COMMISSION EN BANDE ORGANISEE
3 ans de prison	Fermeture totale ou partielle, pour 5 ans maximum, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction : - temporaire : pas de rupture ou suspension des contrats de travail ; - définitive : versement au personnel de l'indemnité de préavis et de licenciement et des dommages et intérêts prévus en cas de rupture du contrat de travail, sous peine de 6 mois de prison et de 3 750 euros d'amende.	Doublément de la peine d'emprisonnement.	5 ans de prison
Et 300 000 euros d'amende	Et/ou retrait des circuits commerciaux des objets jugés contrefaisants et de toute chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction	Doublément de la peine d'amende.	500 000 euros d'amende

	<p>Confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction, des logiciels contrefaisants et des matériels ayant permis la réalisation du délit.</p> <p>Destruction, aux frais du condamné, ou remise à la partie lésée des objets et choses retirés des circuits commerciaux ou confisqués</p> <p>Affichage du jugement au frais du condamné.</p>	
--	--	--

- **les sanctions civiles** : en cas de non-respect du droit des auteurs, des sanctions civiles peuvent aussi s'appliquer pour réparer le préjudice subi par la victime. La directive du 29 avril 2004, transposée en droit français par la loi du 29 octobre 2007, a modifié l'article L. 331-1-3 du CPI. Celui-ci dispose désormais :
- *« Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte.*
- *Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ».*

371. Grâce à cette disposition, la sanction civile de la contrefaçon peut dépasser la simple indemnisation du préjudice subi par la victime (le manque à gagner s'analysant en : masse contrefaisante x prix d'une licence) et prendre en compte les bénéfices réalisés par l'auteur de la contrefaçon.

372. Cette inclinaison vers le régime de dommages et intérêts excédant la seule réparation du préjudice subi, inspiré des dommages et intérêts punitifs applicables aux États-Unis, donne un caractère dissuasif à la sanction. En effet, tant que le contrefacteur ne peut être condamné qu'à compenser le préjudice subi par la victime – sous réserve que celle-ci parvienne à apporter la preuve de l'importance de la masse contrefaisante – la contrefaçon demeure une faute lucrative, soit une faute *« qui malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laissent à leur auteur une marge bénéficiaire pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre »*^{xcix}.

3. Le logiciel libre

3.1 L'historique

373. Le logiciel libre a pris naissance lors du développement du projet GNU mis en place par Richard Stallman.

374.Ce dernier travaillait au MIT en 1971 dans un groupe utilisant exclusivement des logiciels libres. Les programmeurs étaient ainsi libres de coopérer entre eux.

375.Au début des années 80, les logiciels étant devenus presque tous des logiciels propriétaires qui empêchaient la coopération entre utilisateurs, Richard Stallman décida de créer le projet GNU et la Free Software Foundation (FSF) en 1984.

376.Ce projet visait à développer un système d'exploitation libre et à stimuler ainsi la création d'une nouvelle communauté qui se chargerait de faire évoluer ce logiciel.

377.Il fut ainsi décidé de rendre le système d'exploitation compatible avec Unix et de le nommer GNU (ce qui signifie « GNU' s not Unix »).

378.Ce système d'exploitation libre développé au début des années 90 fut finalisé par le développement du noyau libre Linux par Linus Torvald.

379.La combinaison du noyau Linux avec le système complet GNU eu pour résultat un système d'exploitation complet : un système GNU basé sur Linux.

380.Le projet GNU n'est cependant pas limité au système d'exploitation et vise également à développer des logiciels applicatifs, des interfaces de présentation ainsi que des jeux et logiciels récréatifs.

381.Une licence GNU, à laquelle on donne souvent le nom de « copyleft » par opposition au terme traditionnel de copyright, est aujourd'hui attachée à ce logiciel libre afin d'assurer sa pérennité.

382.Par ailleurs, une autre organisation, développée par Bruce Perens et Eric S. Raymond en 1998, vise également à promouvoir le logiciel libre : l'Open Source Initiative (OSI).

3.2 Les caractéristiques du logiciel libre

383.L'expression « logiciel libre » fait référence à la liberté laissée à l'utilisateur et non pas au prix.

384.On dit en effet d'un logiciel libre non pas tant qu'il est éventuellement gratuit (dans ce cas, on parle de freeware), mais que son code source est accessible et qu'il peut être modifié au gré de l'utilisateur ou d'un éditeur tiers.

385.En effet, l'expression « logiciel libre » fait référence à la liberté pour les utilisateurs d'exécuter, de copier, de distribuer, d'étudier, de modifier et d'améliorer le logiciel.

386.Quatre libertés sont notamment acquises à l'utilisateur du logiciel :

- la liberté d'exécuter le programme pour tous les usages ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses besoins, l'accès aux codes source étant alors une condition requise ;
- la liberté de redistribuer des copies et donc, ce qui relève de la philosophie de la communauté du logiciel libre, de s'entraider ;

- la liberté d'améliorer le programme et de publier ces améliorations pour en faire profiter la communauté du logiciel libre.

387. La liberté de redistribuer des copies doit notamment inclure les formes binaires ou exécutables du programme, et notamment le code source à la fois pour les versions modifiées et pour les versions non modifiées du programme.

388. L'accessibilité du code source est donc une condition requise pour un logiciel libre.

389. De plus pour que ces libertés soient réelles, elles doivent être irrévocables.

390. Dans la logique du logiciel libre, le « copyleft » est une règle qui établit que lorsqu'un utilisateur redistribue un programme, il ne peut ajouter de restriction aux libertés fondamentales du public.

391. Cette règle protège le respect des libertés fondamentales du logiciel libre.

392. Le logiciel libre peut donc s'obtenir en le payant ou gratuitement mais, dans tous les cas, la liberté de le copier, de le modifier et de le redistribuer doit être acquise. Il peut donc être développé commercialement.

393. L'Open Source Initiative précise, elle aussi, les critères auxquels doit répondre la licence d'un programme de logiciel libre :

- redistribution ;
- disponibilité du code source ;
- autorisation d'effectuer des travaux dérivés ;
- intégrité du code source de l'auteur : l'auteur ne peut pas empêcher les modifications, mais peut en encadrer les modalités de diffusion en imposant la redistribution du code source modifié sous forme de fichier « patch » ;
- absence de discrimination entre les personnes ou les groupes ;
- pas de limitation d'utilisation à certains domaines (entreprise, recherche) ;
- distribution de licence : pas de condition ou de licence supplémentaire, ou d'accord de non-divulgaration ;
- la licence ne doit pas être spécifique à un produit : on peut extraire le programme et le distribuer séparément ;
- la licence ne doit pas contaminer d'autres logiciels : la licence ne doit pas apposer de restrictions à d'autres logiciels distribués avec le programme qu'elle couvre.

394. La philosophie du logiciel libre est fondée sur le partage et l'échange des connaissances, il fonctionne sur un modèle coopératif : lorsqu'un logiciel libre commence à avoir du succès, une communauté d'utilisateurs peut prendre le relais pour assurer sa maintenance et son développement.

3.3 Les licences de logiciel libre

395. Dès lors qu'il est admis que les logiciels peuvent constituer des œuvres de l'esprit protégeables par le droit d'auteur, les auteurs et les utilisateurs de logiciels sont confrontés à la nécessité d'organiser leurs prérogatives respectives dans le cadre de licences de logiciels grâce à l'articulation entre droit des contrats et droit de la propriété intellectuelle.

396. Les licences propriétaires sont des licences pour lesquelles les titulaires de droits d'auteur n'ont renoncé à aucun de leurs droits patrimoniaux. A l'inverse, les licences de logiciel libre sont les licences pour lesquelles les titulaires de droits d'auteur renoncent à tout ou partie de leurs prérogatives.

397. Ainsi, quoiqu'opposé au logiciel propriétaire qui, habituellement, ne comporte que des droits d'usage, le logiciel libre s'en distingue exclusivement par les droits plus importants accordés par l'auteur du logiciel aux bénéficiaires de la licence.

398. Demeure cependant un débat quant à la possibilité de renoncer au droit moral nécessairement lié aux œuvres, y compris aux œuvres logicielles pour lesquelles le droit moral est largement réduit. Dans la mesure où ce droit est perpétuel, inaliénable, imprescriptible et intransmissible, il ne paraît cependant pas possible d'y renoncer, ce qui peut créer une insécurité juridique pour l'utilisateur.

399. Une dernière problématique liée au droit moral apparaît dans le cas des logiciels pour lesquels un grand nombre de modifications et de mises à jour est effectué par un grand nombre d'utilisateurs, ces contributions se fondant globalement dans l'ensemble. De fait, il pourrait être considéré que chaque contributeur dispose d'un droit moral qui lui est propre.

400. Toutefois, ces problématiques ne se rencontrent pas en pratique dès lors que la réflexion propre au droit moral est particulièrement étrangère à la philosophie du logiciel libre.

401. Concernant l'exercice des droits patrimoniaux par l'auteur de l'œuvre logicielle, il existe principalement deux grands types de licence de logiciel libre :

3.3.1 Les licences « copyleftées »

402. La licence « copyleft » prévoit qu'un utilisateur peut utiliser le logiciel, le copier, le modifier et distribuer les versions modifiées.

403. Le principe de cette licence veut que les œuvres dérivées du logiciel initial soient diffusées sous la même licence, de manière à favoriser l'expansion du modèle « copyleft » par contamination.

404. La Free Software Foundation a créé au sein du projet GNU, la GNU Général Public License appelée GNU GPL.

405. Une telle licence accorde à l'utilisateur les droits ci-dessus mentionnés et lui impose l'obligation de faire apparaître sur chaque exemplaire du logiciel une mention relative à l'application de la GPL et de la clause de non garantie.

406. Un exemplaire de la licence doit être transmis avec chaque logiciel libre.

407. La licence « copyleftée » impose des obligations à l'utilisateur :

- les fichiers modifiés doivent porter un avis indiquant la modification et sa date ;
- tout programme doit être diffusé sous licence GNU GPL, l'incorporation du logiciel sous licence « copyleft » ne peut être destinée à être commercialisée sous forme propriétaire. Elle peut par contre être incorporée à un logiciel spécifique propriétaire destiné à une utilisation interne à l'entreprise ;
- le licencié a une obligation de prudence : il ne doit pas donner une image négative du logiciel et porter préjudice au donneur de licence d'où l'obligation d'informer les destinataires du logiciel en cas de modification de celui-ci ;
- l'interdiction de rediffuser la licence par le biais d'une sous-licence. Par exemple, si le licencié souhaite incorporer des parties du logiciel dans d'autres programmes libres dont les conditions de distribution sont différentes, il devra demander l'autorisation à l'auteur du logiciel libre ;
- adresser systématiquement un exemplaire de la licence « copyleft » lors de la distribution de tout logiciel « copylefté » modifié ;
- éventuellement payer le prix appliqué à la licence qui n'est pas obligatoirement gratuite.

A titre d'exemple, le système d'exploitation Linux est diffusé sous licence GNU GPL.

3.3.2 Les licences non « copyleftées »

408. Une licence non « copyleftée » donne le droit de copier le logiciel, de le diffuser, de le modifier et de publier ces modifications mais autorise l'ajout de restriction au logiciel.

409. Ainsi, les modifications apportées au logiciel peuvent permettre de créer une version modifiée propriétaire.

410. Deux types de licence non copyleftés existent :

- la BSD (bekerly software distribution) ;
- la licence apache version 1.1.

3.3.3 Les différences générales entre les logiciels libres et les logiciels propriétaires

411. D'une manière générale le logiciel, qu'il soit libre ou propriétaire est une œuvre de l'esprit protégée par les règles du droit d'auteur dès lors qu'il présente un caractère original.

412. Les licences de logiciel propriétaire réservent en général à l'auteur du logiciel le droit de le modifier et d'en corriger les défauts ainsi que le droit de le diffuser.

413. Chaque droit cédé fait l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession lorsque la cession des droits d'auteur est prévue. Le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue, sa destination, son lieu et sa durée.

414. La licence de logiciel libre autorise au contraire le libre usage du logiciel, les règles du droit d'auteur servant à organiser la libre évolution du logiciel.

415. Ainsi est accordée à l'utilisateur la liberté de copier le logiciel, de le diffuser, de le modifier et de publier ces modifications.

416. Les conditions d'utilisation du logiciel libre sont définies dans la licence. Logiciel libre ne signifie donc pas liberté de faire ce que l'on veut.

417. En ce qui concerne l'accès au code source, la licence portant sur un logiciel propriétaire accorde au donneur de licence l'exclusivité de la commercialisation des versions futures du logiciel.

418. L'utilisateur possède les codes source dans certains cas décrits dans la licence, ceci n'emportant pas cession des droits de propriété intellectuelle portant sur le logiciel. Le donneur de licence contrôle donc l'évolution du logiciel.

419. Au contraire, les licences de logiciel libre permettent toujours à l'utilisateur d'avoir accès au code source, la licence autorisant les modifications du code source.

420. Le donneur de licence ne contrôle donc pas l'évolution du logiciel.

421. En pratique, différents types de logiciels libres existent. La Free Software Foundation a rédigé la GNU GPL et la GNU LGPL (GNU Lesser General Public License) qui est une licence destinée à régir d'autres types de produits comme les bibliothèques et autres exécutables qui s'appliquent à un logiciel plus vaste.

422. L'open source initiative, quant à elle, admet un mélange entre logiciel libre et logiciel propriétaire : un logiciel libre peut s'appuyer sur un logiciel propriétaire et/ou permettre de produire autre chose qu'un logiciel libre.

423. Par exemple, la Mozilla Public License des navigateurs internet est un logiciel open source.

424. L'OSI a d'ailleurs créé un système de labélisation dans lequel toute licence qui satisfait au principe peut être labellisée « open source ». A ce jour, près de 40 licences et plus de 60 000 projets « open source » existent.

3.4 Les évolutions récentes

3.4.1 La première jurisprudence en faveur du logiciel libre

425. Le 14 avril 2004, un juge allemand statuant en référé a constaté la violation par une société néerlandaise des conditions fixées par la licence GPL d'un logiciel qu'elle utilisait.

426. C'est la première fois qu'un juge affirme que le logiciel libre n'est pas un synonyme de logiciel sans droit et en conséquence, que la licence libre GPL est une licence comme une autre qui crée des droits et des obligations à la charge de l'auteur et de l'utilisateur.

3.4.2 Le développement de la première licence française pour logiciel libre : CécILL

427. Le CEA, le CNRS et l'Inria ont achevé l'élaboration de la première licence définissant les principes d'utilisation et de diffusion des logiciels libres en conformité avec le droit français.

428. Cette licence, appelée CécILL, dispose qu'un logiciel libre est un programme informatique largement diffusé, à titre gratuit ou onéreux, dont sont autorisées l'utilisation, la copie, la distribution et la modification en vue de l'adapter, de l'améliorer, de le faire évoluer au bénéfice de son auteur et de l'ensemble de la communauté, à charge pour chacun de préserver le caractère libre du logiciel au cours de ses distributions ultérieures.

429. CécILL limite la responsabilité de l'auteur, du titulaire des droits patrimoniaux et des concédants successifs, certains droits étant également protégés comme le droit au nom de l'auteur du logiciel.

430. L'élaboration de la licence CécILL a été accueillie favorablement par l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) dans le cadre du programme gouvernemental ADELE (Administration Electronique 2004-2007).

3.4.3 La réaction de Microsoft au développement des logiciels libres

431. Devant le développement des logiciels libres dans le monde entier, Microsoft a mis en place une version de son Windows XP allégée baptisée « Windows XP Starter Edition » (XP SE) et disponible en Thaïlande, au Vietnam, en Turquie, en Indonésie, en Inde, aux Philippines, en Colombie, au Brésil, en Argentine, au Pérou, en Bolivie, au Chili, au Mexique, en Equateur, en Uruguay, en Malaisie et au Venezuela.

432. Ce produit, dont le prix est moindre que Windows XP, vise à contrer les effets commerciaux négatifs du développement du logiciel libre.

433. Microsoft a par ailleurs été condamné pour publicité déloyale anti-linux au Royaume-Uni⁶.

3.4.4 Le développement des logiciels libres par les collectivités territoriales

434. Afin d'économiser d'importantes ressources budgétaires en évitant d'acheter systématiquement les derniers produits du marché offerts par des éditeurs veillant à conforter des situations de domination en enfermant l'utilisateur dans leur standard propriétaire, l'administration et les collectivités territoriales se tournent vers l'utilisation de logiciels libres.

435. La Direction Interministérielle des Systèmes d'Information et de Communication (DISIC) préconise aux administrations une démarche de choix et d'usage de licence de logiciels libres. Ses dernières préconisations ont été reprises par Jean-Marc Ayrault dans une circulaire du 19 septembre 2012. La DISIC propose un socle interministériel de logiciels libres (SILL).

436. Cette démarche est formalisée dans un guide qui montre que le logiciel libre s'inscrit dans un cadre juridique bien établi et recommande de privilégier l'utilisation de la licence GPL pour les développements en logiciels libres réalisés par ou pour les administrations.

437. Il s'agissait du guide de choix et d'usage des licences de logiciel libre pour les administrations.

438. En décembre 2007, est paru un guide intitulé « Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations » publié par la direction générale de la modernisation de l'Etat (DGME) et rédigé par Thierry Aimé. La qualité technique de certains composants libres, les avantages procurés par la disponibilité du code source et les avantages économiques poussent de plus en plus d'administrations à utiliser des logiciels libres.

3.4.5 Les associations dédiées au logiciel libre

439. Les Rencontres Mondiales du Logiciel Libre (RMLL) sont l'occasion pour tous les publics de se rencontrer autour des logiciels libres.

440. Cette manifestation permet l'échange entre acteurs, concepteurs, développeurs du monde libre, venus discuter de leurs projets dans une ambiance conviviale.

441. Le but de cette association est de promouvoir les formats ouverts de logiciels libres et de « reconquérir les biens communs » que sont les logiciels créés avec l'argent public pour éviter que les collectivités aient de nouveau à payer pour pouvoir les utiliser.

442. L'April – Promouvoir et défendre le logiciel libre - a été créée pour sensibiliser et informer sur le logiciel libre. Cette association accompagne aujourd'hui les institutions et les entreprises dans leur passage au logiciel libre et milite pour promouvoir le logiciel libre par des actions de lobbying.

443. Enfin, une association, l'AFUL, Association Française des Utilisateurs de Logiciels Libres a été créée pour promouvoir la diffusion de logiciels libres accessibles sur son site internet « www.aful.org ».

3.4.6 Les contentieux relatifs aux licences de logiciels libres

444. Le 28 mars 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a rendu la première décision en matière de licence de logiciels libres, plus spécifiquement sur le non-respect des termes de la licence GNU/GPL^{ci}.

445. Il a décidé que la conclusion d'une licence spéciale avec le détenteur des droits sur le logiciel sous licence GNU était nécessaire quand un programme développé ne pouvait être identifié comme raisonnablement indépendant et devait être considéré comme dérivé du programme libre.

446. En novembre 2008, de nouvelles assignations ont vu le jour sur le fondement du non-respect des termes des licences GNU/GNL^{cii}.

447. Si la licence GNU/GPL autorise la modification du logiciel et la distribution du logiciel modifié, elle impose aussi de publier du code source dérivé en cas de redistribution. Il s'agit ainsi d'une licence dite « copyleftée ».

448. De même, il n'est pas possible de s'approprier la titularité d'un logiciel qui intègre des composantes logicielles distribuées sous licence GNU/GPL sans y faire référence.

449. Dans un arrêt rendu le 16 septembre 2009, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'un prestataire informatique, qui avait fait disparaître les « copyrights » d'origine du logiciel

libre VNC distribué sous licence GNU/GPL en les remplaçant par les siens et qui avait supprimé le texte même de la licence, manque à ses obligations contractuelles à l'égard de son client^{ciii}.

450. La jurisprudence a ainsi été amenée à reconnaître que les logiciels libres distribués sous licence GNU/GPL obéissent à une logique liée tant au droit d'auteur qu'au droit des contrats.

3.4.7 Contentieux autour de la clause de non-garantie

451. La totalité des logiciels libres sont fournis tel quel (« as is »), sans garantie. Cela implique que les risques relatifs aux dommages indirects sont supportés entièrement par l'utilisateur.

452. Les clauses « as is » sont assimilables à des clauses limitatives de responsabilité. Si elles sont en principe valables en droit français, certains textes limitent leur efficacité et elles pourront, en cas de litige, être déclarées inefficaces et inopposables.

453. Pour autant, quand bien même la clause limitative de responsabilité serait déclarée inopposable, le reste de la licence demeurerait valide, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives au droit d'auteur.

454. D'ailleurs, dans un arrêt du 16 septembre 2009, la Cour d'appel de Paris a considéré que la licence GPL, y compris la clause de non-garantie qu'elle contient, était valide au regard du droit français¹.

¹ CA Paris. 16-09-2009 RG n°04-24298.

4. Le logiciel et le droit de la propriété industrielle

455. En l'état actuel du droit français, le logiciel, pris en tant que tel, n'est pas considéré comme un objet soumis au droit de la propriété industrielle. Cependant, le droit de la propriété industrielle peut conférer différentes protections périphériques au logiciel.

4.1 Les brevets

456. Aux termes de l'article L. 611-10 2° du CPI, les logiciels sont exclus du champ de la brevetabilité.

457. Cet article dispose en effet que les programmes d'ordinateur ne sont pas considérés comme des inventions brevetables.

458. La législation française sur les brevets a considéré que le caractère abstrait des logiciels était incompatible avec l'exigence légale de « résultats industriels » ou « d'applications industrielles » requise des inventions brevetables^{civ}.

459. Toutefois, la jurisprudence française admet qu'« une invention ne doit pas être privée de brevetabilité au seul motif qu'une ou plusieurs de ces étapes, sont réalisées par un ordinateur »^{cv}.

460. Par ailleurs, une partie de la doctrine, s'appuyant sur le débat engagé aux Etats-Unis sur cet aspect et renforcée par de nombreuses décisions de l'Office européen des brevets, milite en faveur de la brevetabilité des logiciels.

461. De fait, en vertu de la CBE, un programme d'ordinateur « en tant que tel » ne constitue pas une invention brevetable (article 52(2)c) et (3) CBE). Aucun brevet n'est délivré pour de simples codes source de programmes, protégés par le droit d'auteur. Une invention mise en œuvre par ordinateur ne peut être brevetée que si elle résout un problème technique par un moyen nouveau et non évident.

462. Ainsi, l'Office européen des brevets a admis la brevetabilité d'inventions, dont l'élément principal est le logiciel, le principe retenu étant cependant que la brevetabilité est réservée aux logiciels dont la caractéristique inventive est de produire un effet physique ou technique (exemple : visualisation de messages). A l'inverse, les logiciels relevant du domaine des activités intellectuelles ou mentales demeurent exclus de la brevetabilité (exemple : traduction de caractère)^{cvi}.

463. Il en résulte qu'un brevet européen peut protéger un logiciel. Toutefois, si ce brevet européen devait désigner la France, son titulaire ne disposerait d'aucune protection à ce titre sur ce territoire : le logiciel étant exclu du champ de la brevetabilité en droit français, le juge français pourra toujours annuler la partie française du brevet européen protégeant un logiciel.

464. Dès lors, toute possibilité de protection du logiciel par le droit des brevets en France est conditionnée par la modification de la législation nationale.

465. Il y a quelques années, des discussions au sein du Parlement européen ont vu le jour entre partisans et détracteurs de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

466. Une majorité de députés européens ont en effet souhaité avaliser la pratique actuelle de l'Office européen des brevets consistant à octroyer des brevets aux inventions mises en œuvre par ordinateur.

467. Par lettre du 20 février 2002, la Commission européenne a présenté au Parlement, conformément à l'article 95 du traité CE, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur^{cvii}

468. En outre, le Parlement européen a adopté, le 24 septembre 2003, à une large majorité la proposition de directive sur les « inventions mises en œuvre par ordinateur »^{cviii}

469. Selon les partisans de la proposition de directive, celle-ci serait nécessaire pour des raisons de sécurité juridique, la directive précisant ce qui est brevetable et ce qui ne l'est pas, afin de limiter, à l'échelle européenne, le périmètre du champ de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. La sécurité juridique serait en outre renforcée par le fait que *les juridictions nationales ont la possibilité, et les juridictions nationales de dernière instance l'obligation, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.*

470. L'objectif de la proposition de directive clairement affiché étant la sécurité juridique, une attention particulière a été apportée à la définition de la notion « d'invention mise en œuvre par ordinateur ».

471. Cette notion est ainsi définie dans la proposition de directive :

- « une invention au sens de la Convention européenne des brevets dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'un autre appareil programmable et présentant dans sa mise en œuvre des caractéristiques non techniques qui sont réalisées, au moins en partie, par un programme d'ordinateur, en plus des caractéristiques techniques que toute invention doit apporter ».

472. Aux termes de la proposition de directive adoptée le 24 septembre 2003, *pour être brevetables, les inventions en général, et les inventions mises en œuvre par ordinateur en particulier, doivent être susceptibles d'application industrielle, être nouvelles et impliquer une activité inventive.*

473. Pour répondre au critère de l'activité inventive, « les inventions mises en œuvre par ordinateur devraient apporter une contribution technique à l'état de la technique »^{cix}. Il est en outre précisé qu'une invention mise en œuvre par ordinateur n'est pas considérée comme apportant une contribution technique uniquement parce qu'elle implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau ou d'un autre appareil programmable.

474. Aux termes de la proposition de directive, ne sont donc pas brevetables, les « inventions impliquant des programmes d'ordinateurs, qui mettent en œuvre des méthodes destinées à l'exercice d'activités économiques, des méthodes mathématiques ou d'autres méthodes, si ces inventions ne produisent pas d'effets techniques en dehors des interactions physiques normales entre un programme et l'ordinateur, le réseau ou un autre appareil programmable sur lequel il est exécuté »^{cx}.

475. La proposition de directive a fait l'objet d'une discussion par le Conseil des ministres de l'Union européenne avant de revenir devant les députés européens en seconde lecture.

476. Le Parlement européen a massivement rejeté, en juin 2005, cette proposition de directive faute d'avoir trouvé un accord sur la définition du champ de cette brevetabilité.

477. En l'absence de cadre juridique harmonisé, il revient à l'Office européen des brevets de continuer à apprécier, au cas par cas, la brevetabilité des demandes de brevet qui lui sont soumises, étant entendu que les juges nationaux demeurent souverains concernant l'annulation des titres délivrés pour chaque territoire national.

4.2 Les marques de fabrique

478. Les articles L. 711-1 à L. 716-16 du Code CPI instituent un droit de propriété exclusif de dix ans renouvelables indéfiniment sur les marques de fabrique.

479. Les conditions requises pour l'application de ce droit privatif sont relatives au signe distinctif utilisé qui doit présenter trois caractères cumulatifs :

- licite ;
- distinctif ;
- disponible.

480. La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement qui fait suite à une procédure particulière définie aux articles L. 712-1 à L. 712-14^{cxii} du CPI.

481. Concernant les logiciels, il ne peut s'agir que d'une protection périphérique ne s'appliquant qu'au signe distinctif désignant le logiciel et non au logiciel lui-même.

482. Le signe choisi à titre de marque doit satisfaire aux conditions édictées par la loi. La marque doit être suffisamment distinctive par rapport au logiciel qu'elle désigne. La marque choisie doit également être disponible, c'est-à-dire ne pas porter atteinte aux droits antérieurs que pourraient faire valoir des tiers.

483. La protection conférée par la marque est acquise en France par l'enregistrement de la marque auprès de l'Institut national de la propriété industrielle. L'enregistrement confère un droit sur la marque et opère un effet rétroactif à la date du dépôt.

484. Pourvu que le titulaire de la marque l'exploite régulièrement, le monopole ainsi conféré peut avoir une durée perpétuelle, à la différence des droits patrimoniaux de l'auteur d'un logiciel.

485. Toute atteinte portée au droit de propriété que confère la marque constitue un délit de contrefaçon qui engage la responsabilité civile^{cxii} et pénale de son auteur^{cxiii}.

4.3 Les dessins et modèles

486. Le droit de propriété sur les dessins et modèles est défini aux articles L. 511-1 à L. 521-4 du CPI. Il confère au créateur du dessin ou du modèle un droit exclusif de l'exploiter à condition qu'il soit nouveau :

- « Les dispositions du présent livre sont applicables à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de

nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ».

487. En outre, le dépôt devra être effectué auprès de l'INPI conformément à la procédure définie aux articles L. 512-1 à L. 512-3 du Code de la propriété intellectuelle^{cxiv}.

488. L'ensemble des éléments visuels d'un logiciel est susceptible de bénéficier de cette protection.

489. Conformément aux dispositions de l'article L. 513-1 du CPI, la durée de la protection est de cinq ans à compter de la date du dépôt. La durée peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans sur simple déclaration du titulaire.

4.4 Les produits semi-conducteurs

490. Les produits semi-conducteurs ont fait l'objet d'une loi spécifique organisant leur protection qui est aujourd'hui incorporée au sein du Code de la propriété intellectuelle (articles L. 622-1 à L. 622-7 CPI).

491. Sous les conditions de traduire un « *effort intellectuel du créateur* » aboutissant à un résultat « *non-courant* », la loi accorde un monopole d'exploitation à l'auteur d'une topographie d'un produit semi-conducteur pour une durée de dix ans à compter du dépôt.

492. Le dépôt est encore ici une condition de forme obligatoire qui est soumise à une procédure particulière^{cxv}.

4.5 Le droit des producteurs de bases de données

4.5.1 Cadre légal

493. Le producteur de bases de données a le droit d'interdire, de transmettre, de céder ou de conclure une licence sur les droits suivants :

- l'extraction et la réutilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base ;
- l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties non substantielles du contenu de ladite base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données (article L. 342-1 et 2 du CPI).

4.5.2 Extraction

494. L'extraction peut être définie comme tout transfert permanent ou temporaire, sans l'autorisation du producteur, de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit (article L. 342-1 alinéa 1 1° CPI).

495. Le caractère substantiel est apprécié au regard de l'importance quantitative^{cxvi} ou qualitative des données extraites^{cxvii} ou réutilisées au regard de la base de données d'origine.

496. Ainsi ont été jugés non substantielles l'extraction de 12% d'une base de données², ou encore 2 rapports financiers extraits sur 250 diffusés³.

497. A contrario, ont été jugées comme des extractions substantielles des connexions massives, permettant 36000 interrogations en 2 jours par l'intermédiaire d'un automate programmé⁴.

4.5.3 Réutilisation

498. Aux termes de l'article L. 342-1 alinéa 1 1°, la réutilisation peut être définie comme la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme, mise à disposition ou diffusion de données extraites.

499. Ainsi, les notions d'extraction et de réutilisation doivent être interprétées comme se référant à tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données.

4.5.4 La durée de protection

500. Le droit du producteur dure 15 années à compter de l'achèvement de la base. Sont éligibles à la protection toutes les bases créées depuis le 1er janvier 1983.

501. Toute modification de la base, notamment toute mise à jour, elle-même constitutive d'un investissement substantiel, permet de renouveler la protection pour une durée de 15 années.

4.5.5 Présentation générale d'une licence opendata

502. La licence Public Domain Dedication and License (PDDL) fait partie des trois licences élaborée par l'Open Knowledge Foundation (association pour la promotion du libre), les deux autres étant la licence ODC by et la licence ODBL.

503. Cette licence permet de placer des données dans le domaine public avant le terme de protection établi par la loi. Il s'agit d'une des licences les plus permissives puisqu'elle ne pose aucune obligation à la charge de l'utilisateur. Elle s'applique aussi bien aux bases de données qu'aux données qu'elles contiennent.

504. La licence donne la possibilité d'utiliser, de copier, de modifier, de redistribuer une base de données sans aucune restriction. C'est une licence libre de tout droit, de type domaine public. Les données peuvent donc être exploitées de façon totalement libre et l'auteur abandonne son droit moral.

4.6 Les « créations réservées »

505. Le 30 juin 1992, le député Jacques Godfrain déposait devant l'Assemblée nationale une proposition de loi relative à la protection des créations réservées^{cxviii}. Cette proposition vise

² TGI Paris, 5-9-2001.

³ CA Versailles, 11-4-2002 Pr Line.

⁴ CA Paris, 18-6-2003, D2003. p. 2756.

à protéger les créations qui ne rentrent pas dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle mais qui :

- « *Nécessitent par ailleurs des efforts intellectuels ou financiers importants, ne sont pas protégées actuellement par la loi, du fait des exigences d'originalité en ce qui concerne les œuvres littéraires ou artistiques, et d'innovation ou du caractère industriel pour les inventions (...) l'intérêt de la présente proposition est de prévoir une protection temporaire et sans droit moral (...) pour des créations non originales ou non inventives* ».

506. En l'état, aucune suite n'a été donnée à cette proposition.

507. Il convient cependant de noter que l'article L. 621-1 du CPI, introduit par l'ordonnance du 12 mars 2007, sanctionne la divulgation des savoir-faire de l'entreprise. Cette protection des secrets de fabrique tend à protéger l'ensemble des investissements intellectuels et financiers portés par une entreprise qui n'auraient pas été protégés par un droit de propriété intellectuelle. Ainsi, l'article L. 621-1 du CPI dispose :

- « *Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit :*
- " *Art. L. 1227-1- " Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.*
- *La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal " ».*

508. Cet encadrement pénal du secret peut toujours être amélioré par la protection contractuelle des savoir-faire par le biais de clauses de confidentialité.

NOTES

- ⁱ Cass. com. 23-10-1990, Bull. civ., IV, p. 170, n° 245.
- ⁱⁱ Loi 92-597 du 1-7-1992 relative au Code de la propriété intellectuelle : JO du 3 juillet 1992.
- ⁱⁱⁱ Loi 85-660 du 3-7-1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes : JO 4 juillet 1985.
- ^{iv} Loi 94-361 du 10-5-1994 portant mise en cause de la Dir 91/250/CEE du 14-5-1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle : JO du 11 mai 1994
- ^v Ministère de la recherche et des technologies, Le statut des oeuvres informatiques, sous la direction de A. Bensoussan et C. Riehl, 1991 p.12.
- ^{vi} H. Desbois, Le droit d'auteur en France, 1978, p.17.
- ^{vii} Cass. com. 16-5-1984, Lexis n°441.
- ^{viii} A. Bensoussan, "L'idée : une valeur marchande", Expertises 1987, p. 435.
- ^{ix} Le statut des oeuvres informatiques, précité, p. 42.
- ^x Cass., civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005. Le Tribunal de grande instance de Paris avait déjà jugé en 1995 que les fonctionnalités en tant que telles ne sont pas protégeables (TGI Paris, 3 oct. 1995, Gaz. Pal. 1996 som. p. 117 ; JCP E 1996, Pan. 559, obs. Vivant et Le Stanc TGI Paris, 4 oct. 1995, Gaz. Pal. 1996 I som. p. 117, note A. Cousin).
- ^{xi} TGI Paris, 4 oct. 1995, Gaz. Pal. 1996 I som. p. 117, note A. Cousin
- Versailles, 9 oct. 2003, Expertises, 2004, p. 31
- ^{xii} TC Nanterre, 2^{ème} chambre, 9 février 2007, Dalysco/Adelior (décision disponible sur le site Legalis.net)
- ^{xiii} CJUE, aff. C-406/10.
- ^{xiv} CJUE 2-5-2012 SAS Institute Inc c World Programming Ltd C-406/10.
- ^{xv} TGI Paris 21-9-1983, Apple/G., JCP éd. G 1984 I 20249.
- ^{xvi} Le statut des oeuvres informatiques, précité, p.18.
- ^{xvii} T. corr. Nanterre 29-1-1984, Gaz. Pal. 1985, I, 63.
- ^{xviii} A. Lucas, La protection des créations intellectuelles abstraites, Litec, 1975.
- ^{xix} Le statut des oeuvres informatiques, précité, p.21.
- ^{xx} Arr. du 22-11-1981 sur l'enrichissement de la langue française, JO 12 janvier 1982, NC, p.625
- ^{xxi} OMPI, Dispositions types sur la protection des logiciels adoptées en 1978 (art. 1), publiées par Le droit d'auteur, janvier 1978, p.13 et s.
- ^{xxii} Dir 91/250/CEE du 14-5-1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur : JOCE L 122/42 du 17-05-91.
- ^{xxiii} Sur la Dir. cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{xxiv} Loi 94-361 du 10-5-1994, précitée.
- ^{xxv} MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, Le logiciel et le droit : le nouveau régime de protection des logiciels", Ed. Hermès, 1994, n°2113.
- ^{xxvi} Sur la non-protection de l'idée, cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997
- ^{xxvii} Dictionnaire de l'informatique, éditions Larousse.
- ^{xxviii} Ibid.
- ^{xxix} Arr. du 22-11-1981 sur l'enrichissement de la langue française, précité.
- ^{xxx} Le Look and Feel", conférence de M. Clémencet-Vaffier, Congrès de L'Union internationale des avocats, Mexico 1991.
- ^{xxxi} US District Court D. Massachussets, 28 juin 1990, cité dans "Le Look and Feel", conférence de M. Clémencet-Vaffier, précité.
- ^{xxxii} Cour suprême d'Israël, 29 août 1990, O., International Software/I., Lotus Electronica, Expertises 1993, p.197.
- ^{xxxiii} Lotus Dev. Corp/B. Int'inc., F. Supp., 1993 U. S. Dist. Lexis 11653, civ. n°90-11662-k (Aug.19, 1993D. Mass.) ; V. S. Rozenfeld, "Interface utilisateur protégée, Lotus/Borland : 2-0" et W. Bierce, "La guerre des tableurs, Lotus, Borland, troisième round", Expertises 1993, p.283.
- ^{xxxiv} Sur la concurrence déloyale, cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{xxxv} CA Paris 4-6-1986 14^e ch., SARL Ampersand Software B. V/SA Sisro, n°86-754, inédit.
- ^{xxxvi} Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) 22-10-2012 affaire C-393/09

- ^{xxxvii} Arr. du 19-2-1993 relatif à la terminologie de l'informatique : JO du 7 mars 1993.
- ^{xxxviii} Sur ces nouveaux droits, cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès 1994, Tome II, n° 28142
- ^{xxxix} Huet, Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence, précité.
- ^{xl} Johnson Co/Uniden Corp. of America, 623F. Supp.1985 (D. Minn.1985)
- ^{xli} S. Picard, "Les créations générées par ordinateur", Mémoire de DEA en droit de l'informatique et informatique juridique, Université de Montpellier, 1989, p.17.
- ^{xlii} Sur l'originalité, cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{xliii} Sur les systèmes experts, cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{xliv} Sur les banques de données, cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès 1994, Tome I, n° 5000
- ^{xlv} Pour les systèmes experts, cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès 1994, Tome II, n° 31320.
- ^{xlvi} C. Colombet, Propriété littéraire et artistique, D., 4^e édition, 1988.
- ^{xlvii} CA Paris 2-11-1982 4^e ch., Gaz. Pal. 1983, 1, 117 ; TGI Paris ord. réf. 14-6-1983, D. 1983, IR, 308.
- ^{xlviii} A./V. et autres ; Williams Electronics/P. ; Babolat Maillot Witt/P., JCP 1986, II, 14713 et JCP 1986, II, 20631.
- ^{xliv} Cass. ass. plén. 7-3-1986, Expertises 1986, p.58.
- ⁱ Le statut des œuvres informatiques, précité, p.99.
- ^{li} Cass. 1^e civ. 16-4-1991, Bull. civ. I n° 139.
- ^{lii} CA Paris 9-7-1993 13^e ch. section B, Ministère public, APP et Frédéric H./Société Coppuyns, Jacques C. et Stéphane D., Expertises 1993, p.353.
- ^{liii} TGI Paris 27-6-1984 3^e ch., Gaz. Pal. 23 janvier 1985, p.66.
- ^{liv} TGI Paris 14-4-1986, Expertises mai 1986, n°132 ; TGI Paris 20-2-1986, Expertises avril 1986, n°97.
- ^{lv} TGI Paris 20-2-1986, précité.
- ^{lvi} A. Bertrand, Le droit d'auteur sur les droits voisins, Masson 1991, p. 277 ; P. et F. Greffe, La publicité et la loi, Litec, 1987, p.78 ; R. Plaisant, Le droit des auteurs, artistes interprètes et exécutants, Delmas, n° 85.
- ^{lvii} CA Paris 5-10-1989 4^e ch. section B, Juris-Data n° 025280 ; CA Paris 20-5-1989 4^e ch., RIDA janvier 1990, p. 317 ; TGI Paris, 14-4-1988 3^e ch. 2^e section, B./Le Particulier, confirmé par CA Paris 9-3-1993, Juris-Data n° 021121 et CA Paris 4^e ch. section B, Prisma Presse/Blyth Computers Limited, APP et KA l'Informatique Douce, DIT 1989/2, p.35.
- ^{lviii} Cass. 1^e civ. 16-12-1992, M. G/société Nortène, Bull. civ. n° 315, p. 207 et note P. Sirinelli, RIDA avril 1993, n° 156, p.193.
- ^{lix} CA Paris 29-10-1987 14^e ch., JCP E 1988-II-15297.
- ^{lx} CA Versailles 8-10-1990 1^e ch., Laboratoire UPSA/M., Juris-Data n° 049184.
- ^{lxi} A. Richard, Débats Assemblée nationale, Séance du 20 mai 1985, JO AN 21 mai 1985, p.846.
- ^{lxii} Alain Bensoussan, La protection des logiciels, exposé introductif, in La protection des logiciels, éd. des Parques, 1986, p.15.
- ^{lxiii} J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 2004, 22^e édition.
- ^{lxiv} Cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{lxv} Doc. AN, Rapport n°724, p. 20.
- ^{lxvi} Ord. 59-244 du 4-2-1959 portant statut général des fonctionnaires de l'Etat : JO, brochure 1571, édition 1985.
- ^{lxvii} Circ. du 17-10-1990 relative à la protection juridique des logiciels : JO 21 octobre 1990.
- ^{lxviii} Décr. 96-857 du 2 octobre 1996 modifiant le Code de la propriété intellectuelle et relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics auteurs d'une invention.
- ^{lxix} Décr. 96-858 du 2-10-1996 relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés.
- ^{lxx} Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome II, n° 23132.
- ^{lxxi} TGI Paris 20-01-1993 3^e ch. 1^e section, H. et l'Agence pour la protection des Programmes/l'Agospap, Expertises 1993, p.187.

- ^{lxxii} Loi 97-283 du 27-3-1997 portant transposition dans le CPI des Dir. 93/83/CEE du 27-09-1993 et 93/98/CEE du 29-10-1993 : JO, 28 mars 1997.
- ^{lxxiii} L'art. 9 de la Loi 94-361 du 10-5-1994 abroge l'art. L.123-5 du CPI qui prévoyait une durée de protection plus courte en matière de logiciels.
- ^{lxxiv} Sur le dépôt légal, Cf. TRAITE ALAIN BENSOUSSAN, Droit des technologies, le progiciel, Ed. Hermès 1997.
- ^{lxxv} Sur le dépôt des brevets, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° II 27140.
- ^{lxxvi} Sur le dépôt des marques de fabrique, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° II 27221.
- ^{lxxvii} Sur le dépôt des dessins et modèles, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° II 27313.
- ^{lxxviii} Sur le dépôt des produits semi-conducteurs, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° II 27512.
- ^{lxxix} Loi 94-361 du 10-5-1994 portant mise en oeuvre de la Dir. 91/250/CEE du 14-5-1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le CPI : JO du 11 mai 1994.
- ^{lxxx} CA Bordeaux 24-9-1984 2^e ch., Société I2S c./S.A. Meunier, inédit.
- ^{lxxxi} Sur le dépôt APP et l'APP en général, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° I, n° 1000.
- ^{lxxxii} TGI Melun 2-3-1988, OCI et Information/SCPA, Revue Marchés Publics, N°245, Octobre-novembre 1989.
- ^{lxxxiii} TGI Melun 2-3-1988, Me V. Martin-Delaury et autre c/Soc. OCI et IF, Revue Marchés Publics, n° 245, octobre-novembre 1989
- ^{lxxxiv} Loi 2009-669 du 12-6-2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : JO du 13 juin 2009
- ^{lxxxv} Cass. com. 22-5-1991, Artware, PC Mart/La commande Electronique et les autres, Expertises 1991, p.233.
- ^{lxxxvi} CA Paris 20-10-1988, Expertises n°111 et commentaire de I. Loubeyre, Expertises 1989, p. 62.
- ^{lxxxvii} TGI Paris 8-1-1993 3^e ch. 2^e section, Centre français informatique (CFI)/ HTI, Mercure conseil, DG, SCP Brouard Daude, Expertises 1993, p.265.
- ^{lxxxviii} Terme désigné par les américains pour désigner les salles de jeux publiques.
- ^{lxxxix} CA Paris 22-9-1988 4^e ch., SARL D 3 M/Soc. Gingko et autre, D. 1988, IR, 258.
- ^{xc} CA Bordeaux 24-9-1984 2^e ch., I2S, SA Meunier, inédit.
- ^{xc i} TGI Melun 2-3-1988, OCI et Information/SCPA, Revue Marchés Publics, N°245, Octobre-novembre 1989.
- ^{xc ii} CA Paris 4-2-1993 4^e ch. section B, ISTG/C2S et Me Pelligrini, son mandataire liquidateur, Expertises 1993, p.185.
- ^{xc iii} TGI Nanterre 13-1-1993 1^e ch. section A, H de P/Framatome, Expertises 1993, p.193.
- ^{xc iv} Arr. du 19-2-1993 relatif à la terminologie de l'informatique : JO du 7 mars.
- ^{xc v} T. com. Paris 8-9-1992 16^e ch., V./Canal 4, Kortex, Me Pinon, administrateur judiciaire de Laser Presse, et autres, Expertises 1993, p.72.
- ^{xc vi} Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, Le logiciel et le droit, précité, n°8200 et suivants.
- ^{xc vii} Loi 92-1336 du 16-12-1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, JO du 23 décembre 1992.
- ^{xc viii} Sur la responsabilité des personnes morales, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome I, n° 16280.
- ^{xc ix} B. Stark, H. Roland et L. Boyer, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, 5e éd., 1996, Litec, spéc. N°1335.
- ^c ZDNet.fr « une pub anti-linux de Microsoft jugée déloyale au Royaume-Uni », 26 août 2004
- ^{ci} TGI Paris 28-3-2007 3^e ch., Educaffix c/ CNRS, Université Joseph Fourier et autres
- ^{c ii} ZDNet.fr« Free assigné en justice pour violation de la licence GPL », 25 novembre 2008
- ^{c iii} CA Paris 29-9-2009 n° 04-24298 pôle 5 10^e ch., SA Edu 4 c/ Associations AFPA
- ^{c iv} Laurence Tellier-Loniewski, "Brevetabilité des logiciels" : L'europe dans le sillage des Etats-Unis et du Japon, Gaz. Pal. 31 juillet, 1er août 1996.
- ^{cv} Article susvisé à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15-6-1981.
- ^{cv i} - Chambre des recours techniques OEB 15-7-1986, JCP E 1987, II 14916. Note Mousseron et Vivant,
- affaire T 26/86 du 21-5-1987,
 - affaire T 115/85 IBM du 5-9-1988,
 - affaire T 669/92,

chambre des recours techniques OEB 15-4-1993, PIBD 1995, n° 579 III, p.6 cités dans l'article susvisé.

^{cvii} http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/com02-92fr.pdf

^{cviii} <http://www3.europarl.eu.int>

^{cix} La condition posée n'est en réalité qu'un rappel des règles consacrées par l'art. 52, § 1, de la Convention sur le brevet européen.

^{cx} Art. 4 bis de sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (COM(2002) 092 – C5-0082/2002 – 2002/0047(COD)).

^{cxii} Pour en savoir plus sur les marques de fabrique, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome II, n° 27200.

^{cxiii} Art. L. 716-1 du CPI.

^{cxiv} Art. L. 716-9 et s. du CPI.

^{cxv} Pour en savoir plus sur les dessins et modèles, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome II, n° 27300

^{cxvi} Pour en savoir plus sur les produits semi-conducteurs, Cf. MEMENTO-GUIDE ALAIN BENSOUSSAN, L'informatique et le droit, Ed. Hermès, 1994, Tome II, n° 27400

^{cxvii} Comparaison du volume extrait ou utilisé par rapport au volume du contenu de la base (CJCE, 9-11-2004 et 5-3-2009)

^{cxviii} Analyse de l'intérêt particulier des données ; analyse de la nature des données extraites par rapport aux données réutilisées (Informations de sélection, de référencement qui font la valeur de la base de données d'origine (TGI Paris, 5-9-2001, Keljob), caractère particulièrement stratégique ou d'actualité des données à la date des faits litigieux (CA Versailles, 11-4-2002 Pr Line, CA Versailles, 30-9-2004, JurisData n°2004-279589), données essentielles au cœur de l'activité du producteur de la base de données d'origine, c'est-à-dire que, sans ces données, son activité devient incomplète et donc inexploitable (TGI Paris, 20-6-2007, PMU), qualité intrinsèque des données, évaluée par rapport au contenu de la base de laquelle elle sont issues et pas par rapport à l'intérêt qu'en retire l'utilisateur (CJCE 9-11-2004) ; analyse de l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie qualitativement substantielle du contenu général de la base de données (CJCE, 9-11-2004) + le fait que les sources soient non accessibles publiquement peut entrer en ligne de compte, en fonction de l'importance des moyens techniques, humains et financiers mis en œuvre pour les obtenir (CJCE, 5-3-2009). Élément indifférent : l'enrichissement corrélatif de la BDD du concurrent car cela reviendrait à une analyse de la destination de l'extraction / réutilisation, laquelle n'entre pas en ligne de compte (éléments étrangers à la base de données d'origine) (CA Versailles, 11-4-2002 Pr Line).

^{cxviii} Proposition de loi relative à la protection des créations réservées, Assemblée nationale, Neuvième législature, Seconde session ordinaire 1991-1992, n° 2858.