

1

Brefs rappels sur la protection des logiciels par le droit d'auteur

Par définition, le droit d'auteur est le droit exclusif accordé à son titulaire – c'est-à-dire au créateur de l'œuvre de l'esprit en question – de le copier, de le modifier, de le reproduire, de l'adapter, de le traduire, de le commercialiser, etc. en tout lieu, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. Après tout, c'est son œuvre : il peut en faire ce qu'il veut. L'auteur demeure protégé par la loi **durant toute sa vie, ainsi que 70 ans après sa mort** et, pour cela, n'a aucune formalité particulière à accomplir. Est seule exigée l'originalité de l'œuvre concernée³⁴, sachant que tous les logiciels au sens large sont visés, c'est-à-dire les « programmes d'ordinateurs » y compris le « matériel de conception préparatoire³⁵ ». Pour ce dernier, la protection ne sera accordée que s'il débouche sur la production d'un logiciel.

La documentation auxiliaire relative au fonctionnement du logiciel bénéficie également de la protection en tant qu'un de ses éléments, la jurisprudence considérant qu'elle en est une partie intégrante et qu'elle facilite sa compréhension ou son application³⁶. De même, le code source et le code objet sont protégés. Notons que seule la forme du logiciel peut être protégée et non les idées³⁷ : sont visées la forme « programmée³⁸ » et la forme « exécutée³⁹ ».

En outre, la loi et la jurisprudence⁴⁰ considèrent de la même façon les logiciels spécifiques et les progiciels dits aussi « produits-programmes », quel que soit leur support et quelles que soient leurs fonctions techniques, qu'ils soient des logiciels :

- ▶ de base (c'est-à-dire qui commandent les fonctions internes d'un système ou d'un matériel informatique) ;
- ▶ d'exploitation (dont le rôle est de faire fonctionner une machine) ;
- ▶ d'application (faisant exécuter par l'ordinateur un travail bien déterminé répondant aux besoins de l'utilisateur) ;
- ▶ de navigation ou de messagerie ;
- ▶ serveurs (permettant la mise en ligne et la diffusion des contenus stockés sur les mémoires des sites Internet) ;
- ▶ de routage (dirigeant les données vers leurs destinataires) ;
- ▶ de création de sites Web, de mises à jour des bases de données ou des sites ;
- ▶ etc.

Toutefois, dans la pratique, il n'est pas évident de déterminer l'originalité d'un logiciel, à moins d'être un professionnel, ni à partir de quel moment le logiciel devient protégeable, celui-ci se constituant au fur et à mesure de son écriture. Sur ce dernier point, il est admis que le logiciel est protégé bien avant sa commercialisation et avant même qu'il ne soit définitivement conçu. Car il peut faire l'objet d'une contrefaçon, même s'il n'est « pas achevé, et pas opérationnel, s'il lui manque sa documentation fonctionnelle », ce qui le rend « inutilisable par une autre personne que [son créateur]⁴¹ ». Il sera donc reconnu comme logiciel et protégé comme tel au fur et à mesure de sa création.

Au surplus, la protection par le droit d'auteur n'est pas toujours adaptée au logiciel et, surtout, à sa réalité. En effet, pour en bénéficier, l'œuvre doit être **originale**, dans le sens créatif, à la base d'une activité inventive. En introduisant des nouveautés dans l'état de la technique, les concepteurs

de logiciels innovent et remettent en cause l'état de l'art. Or, nouveauté et inventivité sont les ingrédients à la base de l'originalité qui est justement exigée par le droit pour bénéficier d'une protection à ce titre. L'originalité sera recherchée dans la « composition et l'expression du logiciel », et seront protégés par le droit d'auteur ce que la jurisprudence qualifie « d'éléments purement formels d'une œuvre » et « d'éléments originaux qui en forment la structure⁴² ».

Cependant, il n'est pas aisé d'apporter la preuve du caractère original d'un logiciel, d'autant que celui-ci n'a rien à voir avec l'originalité qui caractérise une œuvre d'art telle qu'un tableau, une sculpture ou même un livre. En d'autres termes, cette originalité n'est pas immédiatement « évidente », sinon davantage « intellectuelle ».

C'est pourquoi la protection par le droit d'auteur demeure insuffisante et ne s'avère pas totalement efficace. De plus, les logiciels ne bénéficient pas d'une présomption d'originalité : la jurisprudence la reconnaît au cas par cas⁴³, grâce à l'avis d'un expert la plupart du temps.

Par conséquent, il faut partir du postulat que le logiciel ne relève pas naturellement du droit d'auteur. Il représente un outil technique ou plutôt informatique, et son créateur n'est ni un auteur littéraire, ni un artiste, ni un peintre, sinon informaticien. Ce dernier n'a pas pour mission d'éveiller des sensations esthétiques auprès des utilisateurs, ni d'exposer son œuvre, comme le ferait un artiste : son unique but est de faire fonctionner un logiciel sur un ordinateur. Il n'est alors pas aisé de faire reconnaître, pour un logiciel, l'empreinte de la personnalité de son auteur qui se trouve à la base de l'originalité exigée par la loi et la jurisprudence pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Cette originalité étant caractérisée par un « effort personnalisé » allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante ainsi que par « la marque de l'apport intellectuel de l'auteur », critères appréciés subjectivement⁴⁴. La matérialisation de cet effort doit résider dans une structure individualisée, propre à son inventeur, le programmeur. La directive du 14 mai 1991⁴⁵ va dans ce sens, puisqu'elle dispose, dans son article 1-3, qu'un programme n'est original que s'il est « la création intellectuelle propre à son auteur ». Autrement dit, un apport de la part de ce dernier est nécessaire pour que l'œuvre logicielle puisse être juridiquement protégée. L'article précité ajoutant *in fine* « qu'aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection ».

Si des logiciels sont le reflet de leur auteur, ou s'ils sont générés par des logiciels eux-mêmes protégés, ils seront protégés. Cette dernière hypothèse fait référence aux **œuvres composites** définies à l'article L. 113-2 CPI⁴⁶ et recouvrant les adaptations des logiciels consistant en des améliorations de programmes effectuées par des tiers programmeurs. Quant au bénéficiaire de la protection, il s'agit du créateur de l'œuvre logicielle initiale elle-même, c'est-à-dire le concepteur, s'il a conçu et réalisé seul le logiciel dans sa globalité. L'article 1^{er} de la loi du 11 mars 1957 disposant : « 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. »

❶ Remarque

Cette hypothèse est rare dans la pratique, le logiciel étant souvent le résultat d'une collaboration entre plusieurs personnes, informaticiens ou techniciens spécialisés, alors qualifiés de coauteurs et, *a fortiori*, si ledit logiciel est complexe, sachant que chacun de ses éléments sera individualisé⁴⁷.

L'œuvre sera qualifiée de **collaboration ou collective** selon les cas⁴⁸ : la détermination de la participation de chaque acteur dans son élaboration permettra de la qualifier véritablement dans un sens ou dans un autre⁴⁹.

Il s'agira d'une œuvre de collaboration (*cf.* : art. L. 113-2 al. 1^{er} CPI⁵⁰) si plusieurs personnes physiques y ont concouru : chacune d'elles sera propriétaire du logiciel dans son entier et aura les mêmes droits dessus que les autres coauteurs, comme s'il s'agissait d'une sorte d'indivision (*cf.* : art. L. 113-3 CPI⁵¹).

En revanche, il s'agira d'une œuvre collective si elle répond à la définition donnée par l'article L. 113-2 al. 3 CPI⁵², c'est-à-dire si elle est créée à la demande d'une personne physique ou morale telle qu'une société qui va la financer et qui va prendre l'initiative de la porter à la connaissance des tiers. La pratique veut que les droits sur l'ensemble de l'œuvre soient exercés par une personne morale, cessionnaire desdits droits, à côté des coauteurs, cédants. Certes, plusieurs informaticiens participent à son élaboration, comme dans l'hypothèse d'une œuvre de collaboration. Toutefois, leur participation respective ne sera pas individualisée, puisqu'elle se fondera dans la masse des participations. Il sera même impossible de déterminer quelle a été la part de chacun dans l'œuvre créée et, par conséquent, les droits de chacun sur le logiciel. Seule la personne physique ou morale à l'initiative du logiciel en sera propriétaire, ainsi que des droits d'auteur y afférents⁵³.

 **À noter**

De nombreux logiciels sont des œuvres collectives⁵⁴.

S'agissant du cas particulier des logiciels créés par des salariés à la demande de leur employeur, la loi est stricte : ils demeurent la propriété exclusive de l'employeur, seul titulaire de tous les droits d'auteur⁵⁵. La jurisprudence, abondante sur ce point, va également dans ce sens⁵⁶. Pour cela, il est nécessaire que le ou les logiciels en cause aient été créés dans l'exercice des fonctions des salariés, suivant les instructions de leur employeur, sur leur lieu de travail et pendant leur temps de travail⁵⁷. Dès lors, tous les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation sont dévolus à l'employeur (*cf.* : art. L. 113-9 al. 1^{er} CPI⁵⁸). C'est ce que l'on appelle les « créations ou les inventions de mission » (*cf.* : art. L. 611-7 CPI). En d'autres termes, un salarié ne sera propriétaire d'un logiciel créé et ne sera titulaire des droits d'auteur que s'il n'a pas été conçu dans l'exercice de ses fonctions. À défaut, sont cédés à son employeur ses droits d'exploitation, en raison de l'existence d'un contrat de travail.

En revanche, si l'employeur met à la disposition de son employé des moyens matériels et techniques en dehors de son lieu de travail, il lui reviendra de prouver que le logiciel a été créé dans l'exercice de ses fonctions pour prétendre à la qualité d'auteur.

Afin d'éviter tout litige ultérieur, certains employeurs ne manqueront pas d'insérer dans les contrats de travail une clause prévoyant que leurs salariés leur céderont tous leurs droits sur les œuvres réalisées dans le cadre de la mission effectuée sous leur subordination hiérarchique.

Il n'y aura aucun doute quant à la titularité des droits si l'objet du contrat de travail est la création d'un logiciel⁵⁹ ou si le logiciel est créé par le salarié en dehors de son lieu de travail⁶⁰, de son temps de travail, de ses fonctions, de l'activité de son entreprise employeur⁶¹ et sans avoir fait usage des moyens matériels, techniques et informatiques mis à sa disposition. Le logiciel alors conçu n'ayant aucun lien de rattachement avec l'employeur, le salarié pourra légitimement se prétendre auteur.

2

La tentative de détermination du régime juridique des licences de logiciels

Logiciels et progiciels désignant des réalités différentes, ils ne doivent pas être envisagés de la même façon afin d'éviter les risques d'ambiguïté trop souvent rencontrés en la matière. Il en va de même pour leurs licences respectives. C'est pourquoi, il est nécessaire d'écarter dès le départ toutes les confusions (voir en 2.1 « Logiciels, progiciels et licences y afférentes : les confusions à éviter ») pour, dans un second temps, mieux appréhender le régime juridique des licences de logiciels (voir en 2.2 « Les licences de logiciels ou un régime juridique aux contours encore mal définis ») qui nous intéresse particulièrement ici.

2.1 Logiciels, progiciels et licences y afférentes : les confusions à éviter

Les principes d'une distinction entre logiciels et progiciels doivent être posés (voir en 2.1.1 « Les principes d'une distinction »), même si la frontière entre les deux n'est pas clairement établie (voir en 2.1.2 « Une frontière difficilement établie »).

2.1.1 Les principes d'une distinction

Le progiciel, à la différence du logiciel spécifique, est préexistant, sa réalisation est déjà effectuée⁶². Il est fourni à plusieurs personnes ou plusieurs licenciés, contrairement au logiciel spécifique qui n'est en général donné en licence qu'à une personne particulière, sauf exceptions. En outre, le progiciel n'a aucune spécificité particulière et ne répond à aucune demande personnalisée, même s'il peut être paramétré, donc adapté⁶³ aux besoins du futur utilisateur ou d'une catégorie d'utilisateurs, sachant que ces paramétrages seront obligatoirement limités. Sa seule finalité est de réaliser certaines tâches précises, prédéfinies et utilisables en l'état : soit il sera créé pour satisfaire les attentes d'une profession ou d'un secteur économique déterminé, il s'agira alors d'un progiciel « vertical » ; soit il sera conçu pour une application particulière telle que la comptabilité ou la paye, et dans ce cas, il s'agira d'un progiciel « horizontal⁶⁴ ». Dès lors, le progiciel est aussi bien destiné à une utilisation professionnelle que familiale ou individuelle. Les exemples de progiciels sont nombreux en la matière : il existe des logiciels de traitement de texte⁶⁵, de présentation de documents⁶⁶, des tableurs⁶⁷, etc. Cela ne signifie pas pour autant qu'un progiciel soit par définition élémentaire : il peut être très complexe. De par ses caractéristiques, il est distribué au plus grand nombre dans le commerce, c'est-à-dire à ce que l'on a coutume d'appeler le « grand public » pour un coût pouvant être supporté par tout consommateur. Son auteur conservera le monopole d'exploitation que lui reconnaît le CPI. Autrement dit, l'auteur sera seul détenteur des droits de propriété intellectuelle sur le programme visé, incluant les droits d'auteur et les droits de la propriété industrielle, et les licenciés n'auront pas le droit de revendiquer des droits sur une œuvre à la réalisation de laquelle ils n'ont absolument pas participé.

C'est pourquoi, dans de telles circonstances, la licence est souvent consentie à titre **non-exclusif** et organise la concession d'un droit d'usage le plus limité possible.

En outre, lorsqu'un logiciel est donné en licence, est communiqué, par la même occasion, le savoir-faire qui l'entoure, ce qui n'est pas le cas pour une licence de progiciel où le licencié ne peut qu'utiliser « mécaniquement » ledit progiciel en suivant les instructions qui lui sont transmises, sans aucune spécificité et sans obtenir de prérogatives particulières. Aucune prestation intellectuelle personnalisée n'est fournie au licencié qui est noyé dans la masse des autres licenciés. De ce fait découlent les conséquences sur la remise du code source et sur **la précarité des droits sur ledit code pour le licencié** qui feront l'objet de développements ultérieurs.

À l'inverse⁶⁸, un logiciel est spécifique dans la mesure où il fait l'objet d'une commande par une personne auprès d'un prestataire. Il est créé et développé **sur-mesure** pour répondre à ses besoins particuliers, notamment professionnels. Dès lors, il peut y avoir intérêt à s'en faire concéder les droits, ou du moins, une grande partie.

Pour montrer l'ampleur des conséquences de la distinction entre logiciel et progiciel, la jurisprudence définit le premier comme « le résultat d'un travail que [le client] a spécialement commandé, auquel il a généralement participé et qui correspond à des préoccupations originales : [son] prix est alors supérieur à la simple mise à disposition d'un progiciel ; 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 ; en conséquence, la communication des sources à l'utilisateur s'impose, les sources représentant alors un accessoire de la prestation fournie⁶⁹. »

Quant au second, il est défini comme « un ensemble cohérent et indépendant constitué de programmes, de services, de supports de manipulation ou d'une formation et d'une documentation conçue pour réaliser les traitements informatiques standards, dont la diffusion revêt un caractère commercial et qu'un usager peut utiliser de façon autonome après mise en place d'une formation limitée⁷⁰. »

La distinction entre logiciels et progiciels est encore fondamentale car elle constitue le point de départ de toute une analyse sur les licences avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. De plus, elle révèle une protection plus importante de la loi en faveur de l'auteur d'un logiciel spécifique, surtout lorsqu'il est concédant. Cela se produit lorsque l'auteur conçoit entièrement le programme au profit d'une seule personne. Il détient tous les droits sur l'œuvre logicielle et la personne qui en a demandé la conception/réalisation peut espérer être licencié exclusif dans le meilleur

des cas, ou non exclusif, dans le pire. Des aménagements contractuels seront prévus pour permettre au destinataire du logiciel d'améliorer sa situation face à un auteur qui est naturellement détenteur des pleins pouvoirs sur l'œuvre de l'esprit ayant un caractère d'originalité reconnu. En règle générale, la licence de logiciel ne consiste pas en une simple mise à disposition dudit logiciel, contrairement à la licence de progiciel : elle va plus loin.

Cependant, des problèmes résulteront parfois de la création d'un logiciel et auxquels les parties intéressées devront faire face. À titre d'exemple, un logiciel réalisé pour les besoins d'une personne peut poser des difficultés car la licence ainsi concédée devra répondre à la problématique de la répartition des droits de propriété intellectuelle entre l'auteur et le licencié.

Or, l'auteur peut souhaiter conserver l'intégralité des droits sur le logiciel pour se laisser toute liberté par la suite s'il décide de mener des projets ultérieurs. Ne souhaitant pas être freiné dans ses élans, il sera alors enclin à conserver l'essentiel des droits, si ce n'est leur intégralité, et ne concèdera à la personne concernée qu'une simple licence d'utilisation. Cela se produit lors de projets de réutilisation postérieure de l'œuvre réalisée, de création d'une œuvre dérivée à partir de l'œuvre initiale ou encore de développements à partir du logiciel préexistant, etc. L'intérêt pour le concédant étant de pouvoir réutiliser son œuvre en toute liberté, donc sans aucune contrainte posée par un quelconque contrat, par exemple pour d'autres licenciés appartenant au même secteur d'activités que son « premier » licencié ou à des secteurs proches économiquement...

Notons qu'une telle situation s'avérera difficile à supporter pour le licencié qui estimera qu'ayant financé la création d'un outil spécifiquement adapté à ses besoins, la propriété devrait lui en revenir. Malheureusement, sans disposition qui le stipule, il ne sera pas en mesure de revendiquer quoi que ce soit et restera lésé. Quant au logiciel, il sera, à juste titre, qualifié d'œuvre de commande et son auteur sera le seul titulaire de droits reconnu par la loi.

❶ Remarque

Il est donc recommandé, que ce soit pour l'un ou l'autre des acteurs de la création d'un logiciel, de déterminer d'emblée la nature du contrat afin d'éviter les déconvenues ultérieures. Il sera alors plus aisé de répartir à chacun les droits qui lui reviennent.

Une des questions qui se pose et à laquelle il sera répondu dans d'autres développements est donc de savoir si la licence de logiciel est susceptible de s'analyser comme un contrat de vente, un contrat de location ou d'entreprise, voire comme un contrat de communication de savoir-faire ou *know-how*,