



Document publié le 21/05/2012 par Adam Lamzourhi sur le site <http://www.ejuristes.org>.

Sous licence Créative Commons CC BY-SA 2.0

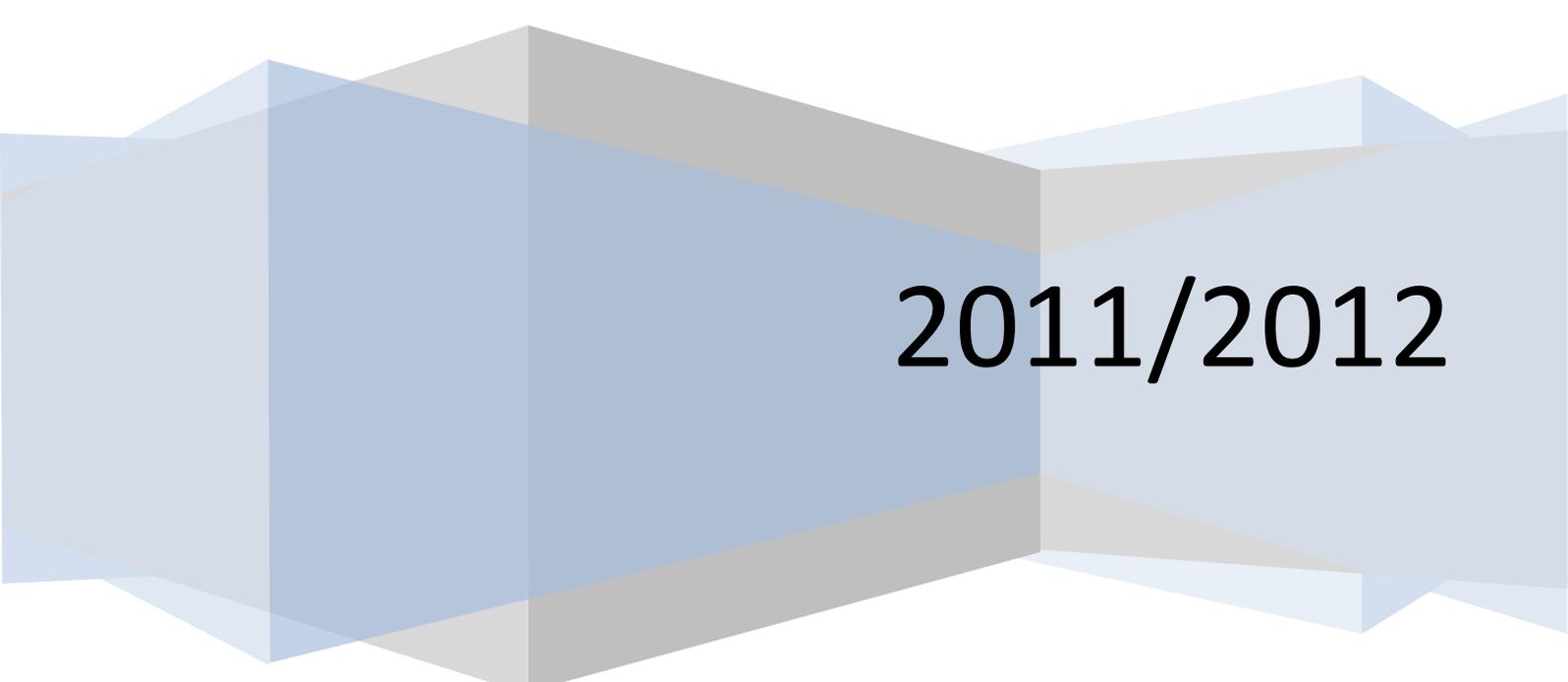
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/>

Droit de la propriété intellectuelle

L'incidence de la protection du droit d'auteur sur le logiciel

Master 2 droit des Nouvelles Technologies de la
Société de l'Information

Adam Lamzourhi



2011/2012

SOMMAIRE

I/ L'objet de la protection légale apportée par le droit d'auteur au logiciel..... 3

A/ Les justifications du remaniement du droit d'auteur..... 4

1/ La naissance de la protection du logiciel en droit français..... 4

2/ Une consécration prétorienne..... 5

B/ Les difficultés rencontrées par le droit d'auteur..... 6

1/ Les difficultés pour aboutir à une définition claire du logiciel..... 6

2/ Les éléments du logiciel protégés par le droit d'auteur..... 7

C/ Le caractère déterminant des conditions de protection du logiciel..... 10

1/ La forme du logiciel : un certain degré de matérialisation..... 10

2/ Les différentes appréciations de l'originalité du logiciel..... 11

II/ Le régime juridique du logiciel : une protection en fonction de la situation de l'auteur 14

A/ La titularité des droits du logiciel développé par un seul auteur..... 14

B/ La titularité des droits du logiciel développé par plusieurs auteurs..... 17

III/ La nature des droits portant sur le logiciel : le résultat d'un aménagement du législateur..... 19

A/ Les droits de l'auteur du logiciel : une amputation des droits moraux..... 19

B/ La reconnaissance de droits aux utilisateurs du logiciel..... 23

L'incidence de la protection du droit d'auteur sur le logiciel

« Ceux qui vivent sont ceux qui luttent » cette phrase de Victor Hugo illustre bien le sujet présent. La protection des logiciels par le droit d'auteur relève bel et bien d'une lutte incessante de l'auteur du logiciel pour faire valoir et conserver le maximum de droit que lui confère le droit de la propriété intellectuelle. Cependant avant d'entrer dans le détail. Il est nécessaire de définir ce qu'est un logiciel. Les logiciels font partie des œuvres de l'esprit. Ces derniers sont le résultat d'un travail créatif et personnel pour leurs auteurs. Ils représentent également une valeur économique importante pour leurs exploitants. À ce titre, les logiciels doivent être protégés de manière impérative des exploitations souvent abusives. Le fléau représenté par la contrefaçon suppose une nécessité de préserver ces créations étant donné que cette contrefaçon ne cesse de prendre de l'ampleur et peut causer des pertes financières considérables. En matière informatique, l'essor des nouvelles technologies a facilité l'expansion du fléau, et ce grâce aux facilités de reproduction et aux capacités de diffusion à grande échelle qu'elles engendrent. L'actualité récente en matière de droit des technologies de l'information et de la communication a permis aux praticiens du droit de s'intéresser aux problématiques nées de l'expansion de l'internet participatif, désigné communément par l'expression « Web 2.0 ». Internet n'est plus un endroit où l'internaute a accès à un nombre limité de ressources. Internet est devenu un lieu de partages et d'échanges s'enrichissant par les contributions apportées par les utilisateurs et même lorsqu'il s'agit de contenus sur lesquels ces derniers ne disposent d'aucun droit. Dès lors, la finalité protectrice de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur est remise en cause dès l'instant où ces régimes mettent un frein au manque de lucidité des utilisateurs aspirant à plus de liberté dans leur action.

Devant ce comportement des internautes s'accompagnant de l'émergence du numérique et de l'internet, le législateur a tenté d'y répondre en recherchant les solutions juridiques s'offrant à lui dans le panel juridique existant. Le droit d'auteur visant les œuvres de l'esprit a également vocation à s'appliquer aux œuvres dématérialisées. L'œuvre dématérialisée, le logiciel, ne peut pas être considérée comme un support, elle nécessite alors certaines adaptations. La loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006 (loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information) avait pour but (ou ambition) d'apporter des solutions aux conflits apparus avec ces pratiques et notamment la question des échanges de fichiers par le biais notamment de divers moyens dont l'utilisation de logiciels pair-à-pair (ou poste à poste). Ces dispositions se sont montrées vite limitées et inefficaces pour lutter contre le téléchargement illégal ou de diffusion d'œuvres protégées. Dès lors, en 2009, le gouvernement a promulgué une loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. N'oublions pas que télécharger un logiciel illégalement c'est utiliser une œuvre commercialisée dans des magasins physiques mais bien souvent diffusée sur internet.

Les carences notables en droit positif ont été soulignées concernant particulièrement les logiciels, entraînant à ce titre également une réforme. En 1985, la loi prévoit une protection des logiciels sur le fondement du droit d'auteur au détriment du droit des brevets. Ce choix a donné naissance à de vives critiques. Une fois adoptée la directive communautaire du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, le législateur n'a pas eu d'autre choix que d'adapter quelque peu le droit d'auteur aux logiciels, en prenant en compte les spécificités économiques de ces derniers. Par exemple, l'auteur d'un logiciel s'est vu refuser son droit moral et toutes prérogatives matrimoniales dès lors qu'il endosse la qualité de salarié. Les internautes se sont vus amputés de

toute liberté de copie privée au profit d'une copie de sauvegarde. Cet aspect est rappelé par la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée. Ce fait établi de la protection des logiciels par le droit d'auteur n'est cependant pas des plus stables et des moins controversés, comme en témoignent les vifs débats relatifs à la brevetabilité des logiciels.

Il s'agit donc d'étudier les différents modes de protection envisageables ainsi que les sanctions attachées à la violation des droits des créateurs. Qu'en est-il de la protection du droit d'auteur en matière de logiciels, de responsabilité des intermédiaires techniques, de mesures de protection ? Ces sujets récents bousculent la matière et les réponses données par les praticiens du droit. Les arguments des partisans en faveur de telle protection et de ceux en faveur d'une autre ont pour conséquence une interrogation des tribunaux et entraînent selon l'interprétation des textes en vigueur, une certaine insécurité juridique.

La question est de savoir si la protection du droit d'auteur est suffisamment efficace pour garantir à l'auteur de l'œuvre logicielle une jouissance complète des droits sur le logiciel. Celui-ci est bien souvent contrôlé par une personne autre que l'auteur, parfois à des fins commerciales parfois dans une finalité louable, celle de d'octroyer plus de droits à l'utilisateur. Il s'agit donc d'étudier l'encadrement juridique qui gravite autour du logiciel et ses conséquences sur l'auteur et l'utilisateur.

Dès lors, le logiciel bénéficie d'une protection légale dont il convient de définir l'objet (I) et le régime juridique à travers les titulaires des droits sur cette œuvre logicielle (II) sans oublier la nature des droits portant sur celle-ci (III).

I/ L'objet de la protection légale apportée par le droit d'auteur au logiciel

L'article L112-1 du code de la propriété intellectuelle rappelle qu'à condition d'être original, la destination, le mérite, le genre ou la forme d'expression relève de la protection du droit d'auteur. Dès lors, l'œuvre doit être suffisamment formalisée pour ne pas être qualifiée d'idée ou de concept. Ces notions sont souvent non appropriables et échappent à la protection du droit d'auteur. L'appropriation du droit d'auteur datant de deux siècles, et dont la finalité était de protéger des œuvres littéraires et plastiques, aux logiciels a demandé une adaptation des règles existantes aux spécificités de ces derniers.

L'objet de la protection du logiciel par le droit d'auteur est la résultante d'un remaniement du droit d'auteur à travers lequel il conviendra d'étudier les justifications d'un tel remaniement (A), les difficultés rencontrées par le droit d'auteur pour définir l'objet de la protection de l'œuvre technique et complexe qu'est le logiciel (B) avant d'analyser les conditions de la protection du logiciel (C).

A/ Les justifications du remaniement du droit d'auteur

1/ La naissance de la protection du logiciel en droit français

La loi du 3 juillet 1985 a inclus le logiciel au sein de la liste des œuvres protégées par le code de la propriété intellectuelle.

Lors du débat de cette loi à l'Assemblée nationale, la question s'est posée de savoir si le logiciel bénéficierait de la protection au titre du droit d'auteur. Le législateur a estimé que le logiciel pouvait être considéré comme une œuvre de l'esprit relevant dès lors de la protection du droit d'auteur et soumis aux règles de ce dernier. L'une des spécificités du logiciel fut son caractère indissociable de l'architecture matérielle à laquelle il était lié et au sein de laquelle il était intégré. C'est pour cela que le logiciel était facturé avec le matériel sans aucune distinction. En 1969 dans un contexte de menaces de poursuites antitrust, *International Business Machines* a adopté une facturation distincte du logiciel. Cette évolution a soulevé la question des spécificités inhérentes au logiciel. La majorité du coût de l'investissement était dû à l'achat du matériel, dès lors, le coût du développement de logiciel et la maintenance de ce dernier ont augmenté de manière croissante, et ce parallèlement à leur complexité.

La protection efficace d'un tel investissement est vite apparue indispensable, les logiciels étant des œuvres dématérialisées leur appropriation illicite s'en retrouve alors facilitée.

Le manque d'adaptation des outils mis en place pour protéger le logiciel, notamment par le biais de mesures techniques ont engendrées des coûts financiers importants de recherche et un résultat final inutile pour l'utilisateur, et d'autant plus que le logiciel s'est toujours retrouvé approprié illicitement au final. La protection apportée par le droit commun, les règles de la responsabilité civile ou du droit pénal s'avéraient trop lourdes à appliquer et ne permettaient dès lors qu'une protection dite a posteriori.

Pour répondre à trois objectifs fondamentaux, une réservation privative est apparue nécessaire pour que l'auteur de l'œuvre aménage un accord exprès stipulant l'exclusivité sur le logiciel dont il bénéficie. Les deux autres objectifs visent à l'application d'une protection préventive et la dissuasion des contrefacteurs au moyen de mesures répressives claires. En effet, la première mesure préventive mise en place dans le but d'assurer une protection du logiciel fut le *copyright* par le droit américain. La convention de Genève datant du 6 août 1952 a enjoint les états européens de protéger les logiciels des pays étrangers en ayant recours au *copyright*, les États-Unis ont même été jusqu'à inciter les autres États signataires à appliquer le *copyright* pour garantir la protection du droit d'auteur, mais surtout pour permettre aux logiciels américains de bénéficier de cette protection à l'étranger. En 1968, le droit français influencé par le droit américain avait exclu de manière explicite

du domaine des brevets les programmes informatiques fonctionnant sur des ordinateurs. En 1973, la jurisprudence a confirmé cette exclusion, les éditeurs de logiciels se sont donc tournés vers la protection du droit d'auteur. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a rendu un jugement le 1^{er} décembre 1978 dans lequel il reconnaît le statut du logiciel en tant qu'œuvre visée par l'article L112-1 du code de la propriété intellectuelle. Cet arrêt rencontra une opposition deux ans plus tard, le Tribunal de Commerce de Paris ayant rendu un jugement le 18 novembre 1980 affirmant le contraire. Cela a provoqué un climat inégal pour les justiciables dues à une situation aléatoire.

C'est pourquoi la loi du 3 juillet 1985 est venue consacrer la protection du logiciel par le droit d'auteur en inscrivant le logiciel à la liste des œuvres protégées figurant à l'article L112-2 du code de la propriété intellectuelle. Cela a pour conséquence une situation internationale avantageuse, étant donné que la majorité des pays ont choisi cette alternative illustrée par la protection du droit d'auteur.

La loi du 3 juillet 1985 est particulière, elle intègre le logiciel au sein des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais elle limite cette protection en adaptant le droit d'auteur aux investissements des entreprises sur leurs créations. Bien que cela puisse paraître surprenant, les tribunaux appliquent ce raisonnement antagoniste.

2/ Une consécration prétorienne

La Cour de cassation a rendu trois arrêts en date du 7 mars 1986 qui vont régler de manière définitive cette contradiction des juridictions de premières instances concernant la question de la protection du logiciel par le droit d'auteur. Il convient de rappeler que la loi de 1985 n'était pas applicable aux cas présents dans ces trois arrêts. Il ne faut donc en déduire que la continuité de l'évolution prétorienne comme nous l'avons étudié précédemment. Cette évolution n'est que relativement en harmonie avec la loi de 1985. L'apport réel de ces arrêts est illustré par les motifs de l'arrêt Babolat contre Pachot précisant « *que le caractère scientifique des programmes informatiques n'était pas un obstacle à leur protection par le droit d'auteur* ». La Cour rappelle qu'un logiciel ne peut être constitué que par « *une simple méthode* ». Ainsi la protection du logiciel doit être abordée de manière globale, dans « l'ensemble » du logiciel selon les termes utilisés par la Cour.

Le droit d'auteur français prévoit qu'une œuvre de l'esprit ne peut résulter de l'objet d'un droit privatif uniquement à la condition que cette œuvre soit originale, cette réserve s'apprécie selon la personnalité de l'auteur et plus particulièrement « *l'empreinte* » de cette personnalité. L'arrêt Babolat contre Pachot vient bouleverser cette condition en recherchant dans l'œuvre originale la valeur ajoutée intellectuelle apportée par l'auteur.

Dans un but d'harmonisation de la protection du logiciel par le droit d'auteur en Europe, les institutions communautaires ont élaboré la directive du 14 mai 1991 adoptée le 17 mai 1991, que la France a transposée par la loi du 10 mai 1994. Cette dernière a inséré les articles L122-6 et suivant du code de la propriété intellectuelle et l'article L132-34 du même code concernant le nantissement du

logiciel. Néanmoins, la loi ne respecte pas le droit d'auteur mis en place par la loi du 11 mars 1957 notamment à travers le droit de décompilation qui ne suit plus une logique monopolistique, mais désormais une logique concurrentielle. Ces « entraves » sont nombreuses et elles sont présentes notamment en droit moral. Les impératifs d'ordre économique ont grandement contribué au remaniement du droit d'auteur tel qu'il est appliqué au logiciel.

B/ Les difficultés rencontrées par le droit d'auteur

Le code de la propriété intellectuelle à son article L112-13 vise les logiciels et « le matériel de conception préparatoire ». Il paraît difficile d'appréhender l'objet même de la protection en l'absence de définition légale de la notion de logiciel. Dès lors, le « *matériel préparatoire* » est compris dans le logiciel, il apparaît comme indissociable du logiciel.

Cette assimilation du matériel préparatoire au logiciel n'est pas aussi évidente. L'article 113-9 du code de la propriété intellectuelle relatif à la dévolution des droits patrimoniaux créés par des salariés vise clairement le logiciel et la documentation.

Maître Jean François Forgeron a décelé cette maladresse dans la rédaction de l'article et invite à opérer une distinction entre la documentation d'utilisation du logiciel (peut être hébergé en ligne ou en format papier) et la documentation intégrée au logiciel. D'après Jean François Forgeron, la documentation au format papier ne doit pas bénéficier de la protection prévue par le code de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement l'article L112-3 du code.

Afin d'aborder ces difficultés de manière efficace, il convient d'aborder la définition et ce qu'elle recouvre (1) et par la suite les éléments contenus dans le logiciel et notamment ceux éligibles à la protection du droit d'auteur (2).

1/ Les difficultés pour aboutir à une définition claire du logiciel

En droit français, le terme américain « *software* » est traduit par le mot « logiciel ». Cette traduction paraît satisfaisante pour un technicien, néanmoins le juriste n'appréciera pas son imprécision. En effet, la notion de *hardware* (matériel) s'étudie par opposition à celle de *software* (logiciel). En droit anglo-saxon, dès lors que le logiciel fait partie intégrante du matériel, il s'agit de parler du *firmware*, autrement dit une notion intermédiaire entre le software et le hardware. Cependant, en droit français le logiciel comprend également la notion de *firmware*.

Par ailleurs, dès lors que le juriste rencontre souvent des problèmes de définition dans les domaines scientifiques, à ceux-ci s'ajoutent les difficultés intrinsèques de l'œuvre de l'esprit conférée au logiciel. Dès lors, le législateur n'a pas donné de définition légale qui aurait pu simplifier l'ensemble des situations présentes et futures. Le seul texte qui tente de donner une telle définition est un arrêté en date du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique, le logiciel est défini comme « *l'ensemble des programmes, procédés et règles, (...) de la documentation relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de l'information* ». Néanmoins, la portée de cette définition purement technique reste limitée et n'avait pour but que de rendre officiel l'usage

de ce terme. Le code de la propriété intellectuelle, à son article L112-2, vise les logiciels sans faire aucune distinction entre eux. La finalité du logiciel apparaît comme n'étant pas l'élément déterminant de sa définition. Dès lors, l'article L112-1 du code de la propriété intellectuelle protège les droits des auteurs des logiciels « *quels qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* » tels qu'on l'a précisé précédemment. D'après le professeur Le Stanc qu'il s'agisse d'un logiciel d'application ou même un progiciel, seule la série d'instructions composant le logiciel mérite protection.

La question de savoir à partir de quel moment l'on peut considérer qu'un logiciel a obtenu le degré de formalisation suffisant pour accéder à la protection prévue par le droit d'auteur s'ajoute à la difficulté d'obtenir une définition claire de la notion de logiciel. L'article L111-2 du code de la propriété intellectuelle prévoit que « *l'œuvre est réputée créée* » du seul fait de « *la conception de l'auteur* ». La « conception de l'auteur » doit requérir un minimum de concrétisation pour pouvoir bénéficier d'une protection. La présence du matériel obligatoire, éloigné du logiciel à proprement parlé, souligne cet argument, mais est pourtant éligible à la protection du droit d'auteur. Dès lors, le matériel préparatoire sera protégé par le droit commun en l'absence d'éléments permettant l'utilisation du logiciel visé.

Plus concrètement, dès l'instant où une simple idée ne s'avère pas protégeable, il convient de s'interroger à partir de quel moment la formalisation du logiciel sera regardée comme suffisante. Selon le Professeur Vivant, c'est au fur et à mesure de sa création que l'on peut assimiler l'œuvre au logiciel. Cette thèse est respectueuse des dispositions de l'article L111-12 du code de la propriété intellectuelle et il convient d'y adhérer. Le logiciel doit être appréhendé à chaque étape de son élaboration. À chaque nouvelle version du logiciel ou mise à jour mineure, l'auteur pourra bénéficier de la protection de la loi. Pour comprendre cela, il convient d'étudier les divers éléments composant un logiciel et les différentes phases de sa conception pour déterminer si ces éléments peuvent être éligibles à la protection du droit d'auteur.

2/ Les éléments du logiciel protégés par le droit d'auteur

Le cahier des charges est un document qui émane de l'utilisateur. Ce document peut être rédigé par l'utilisateur, un tiers ou un prestataire, sa finalité est de cibler les besoins de l'utilisateur en définissant les spécificités auxquelles le logiciel doit répondre, cela permettant aux deux parties de mesurer l'ampleur du travail et de suivre les étapes de développement. En principe, la définition même du cahier des charges a pour effet de considérer que cet élément ne bénéficie pas de la protection accordée au logiciel. Néanmoins, si le cahier des charges est original (si la condition d'originalité est remplie), il pourra dès lors bénéficier d'une protection particulière en tant qu'œuvre littéraire. Lorsqu'on est dans une situation complexe, à titre d'exemple, dans certains projets, le client établit un appel d'offres qui pourra être éligible ou non à la protection accordée au logiciel en fonction de son contenu. Ce document devra répondre à la condition d'originalité. Le cas échéant, par exemple, lorsque le document décrit précisément les spécifications fonctionnelles générales du logiciel. Le prestataire ayant un rôle totalement passif, un rôle intellectuel. Il se contente de réaliser lesdites spécifications. Cependant, lorsqu'il consiste simplement en la refonte d'un logiciel existant, le document ne devrait pas être éligible à la protection du droit d'auteur. L'appréciation de cette

condition se fait au cas par cas. À défaut, le prestataire pourra bénéficier de la protection de la responsabilité contractuelle si le document a fait l'objet d'une intégration à un contrat de confidentialité séparé ou au contrat de réalisation. Néanmoins, ce document bénéficiera de la protection de la responsabilité délictuelle sur le fondement de la concurrence déloyale, et ce même en l'absence d'une telle protection. En effet, la jurisprudence considère que le fournisseur de logiciel utilisant, un cahier des charges ou des informations techniques qui lui ont été transmis, pour son compte ou celui d'un tiers, se rend coupable d'un acte de concurrence déloyale. Par ailleurs, les plans de protection, les études, sont exclus de la protection accordée au logiciel ces derniers étant trop éloignés du logiciel lui-même.

Les travaux préparatoires de conception du logiciel sont représentés par le matériel de conception préparatoire permettant d'aboutir à la réalisation du logiciel. L'article L112-2-13 du code de la propriété intellectuelle fait référence expressément à ce matériel, ce dernier bénéficiant ainsi d'une protection similaire à celle du logiciel, même en l'absence de définition légale.

En pratique, il est constitué des spécifications internes ainsi que des spécifications externes, la maquette, les prototypes, l'architecture fonctionnelle ainsi que le modèle conceptuel de données. En l'absence de définition légale, le rédacteur du contrat devra procéder à la définition du matériel de conception préparatoire et cela après avoir établi la liste de tous les documents préparatoires rattachés au matériel.

Le modèle conceptuel de données est une représentation non figée du logiciel et décrit la structure logique globale d'une base de données et cela sans relation avec le logiciel. Le modèle conceptuel est constitué de données qui ne sont pas incluses dans la base de données physique. Il représente de manière formelle les données dont une entreprise a besoin pour fonctionner.

L'architecture fonctionnelle a pour but de déterminer les composants fonctionnels et les liens existant entre eux. Il s'agit également de cibler l'organisation et l'activité découlant de cette architecture.

Les spécifications internes sont également nommées dossier de conception. Ce dossier est composé de spécifications générales, mais également détaillées. La finalité de ces dernières est de procéder à la caractérisation et l'unification des fonctions que doit remplir le logiciel en prenant en compte à chaque version du logiciel des besoins de l'utilisateur ainsi que des contraintes liées à l'environnement et ce bien évidemment dès le début de la conception du logiciel.

Ne représentant pas de difficulté particulière, les programmes entrent sans conteste dans la définition du logiciel, car ils permettent le regroupement des codes source, code exécutable et code objet.

Concernant les langages de programmation, rien ne s'oppose à la protection de ces langages par le droit d'auteur, bien que la privatisation d'un langage par son créateur puisse constituer un abus de position dominante pouvant être sanctionné par le droit de la concurrence. La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt en date du 10 novembre 1994 a estimé que les langages de programmation bénéficient de la protection du droit d'auteur à travers la reconnaissance de la manifestation de « *l'originalité d'un langage théorique en langage permettant une application industrielle* ».

Les algorithmes sont quant à eux des suites finies et non ambiguës d'opérations ou d'instructions dont le but est la résolution d'un problème. Ils opèrent selon trois étapes, ils analysent le problème en premier lieu, ensuite ils participent à la conception d'un programme informatique et enfin à la programmation de ce dernier. Les algorithmes ne peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur étant donné qu'ils ne sont constitués que de règles mathématiques. Étant assimilées à des idées, les fonctionnalités ne peuvent également pas être protégées.

L'aspect visuel du programme, appelé « *look and feel* », paraît plus aisé à protéger par le droit des dessins et modèles ou par le droit de la concurrence (sur le fondement de la concurrence déloyale) dès lors qu'il est possible d'incomber une faute (Cour d'Appel de Paris 5 avril 1993). Cependant, un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 4 octobre 1995 illustre bien la difficulté de la mise en œuvre d'une telle protection, il faut démontrer la preuve de la contrefaçon et l'originalité, ces deux conditions sont difficiles à démontrer. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 10 mai 2000 souligne la difficulté de l'application de cette protection, elle a estimé que les similarités entre deux programmes étaient « *normales* »,

car les normes utilisées pour réaliser ces programmes sont issues de « *standards internationaux* ». Certains éléments d'après la doctrine américaine ne sont pas protégeables, tels les menus, les fenêtres extensibles, la manipulation des icônes, les barres d'espace, la touche retour par exemple. D'après Hayes, les deux programmes comparés doivent être presque similaires pour engager une action en contrefaçon.

Concernant la documentation, on distingue la documentation utilisateur qui est exclue de la protection accordée au logiciel de la documentation technique. Il convient de distinguer la documentation d'utilisation séparée du programme et la documentation auxiliaire permettant de mettre en œuvre le logiciel ou d'en faciliter l'utilisation. La documentation auxiliaire est intégrée au logiciel et peut donc dès lors bénéficier de la protection accordée par le droit d'auteur. Les logiciels et les documentations sont visés expressément par l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle. L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 11 juin 1994 a affirmé que la documentation d'utilisation bénéficie du régime de droit commun de la protection des œuvres littéraires. La documentation auxiliaire et la documentation d'utilisation relèvent de deux régimes différents, la première issue du droit d'auteur, et la seconde du droit commun du droit d'auteur.

Les interfaces sont des aspects physiques (ce sont les dispositifs assurant la jonction de deux équipements pour qu'ils échangent des données) et des aspects logiques du logiciel (on peut distinguer les interfaces d'interconnexion, éléments internes du logiciel permettant le dialogue avec d'autres logiciels, et les interfaces d'utilisation, éléments externes du logiciel qui autorisent le dialogue entre l'utilisateur et le logiciel). Le droit communautaire par le biais de la directive du 14 mai 1991 a retenu une solution intermédiaire, la protection des interfaces n'est pas interdite, mais une protection automatique n'est pas offerte pour autant. Cependant en droit interne, au départ, le juge français avait été défavorable à la protection des interfaces, un jugement du Tribunal de Commerce de Bobigny en date du 20 janvier 1995 a clairement considéré que les interfaces ne pouvaient pas bénéficier d'une protection.

Néanmoins, les interfaces font l'objet d'une protection par le droit commun du droit d'auteur. La question a fait l'objet de vifs débats. En matière de jeux vidéo, la jurisprudence opte pour un régime de droit commun dans le but d'appliquer un régime de protection unitaire. Dès lors, dans un arrêt en

date du 21 juin 2000, la Cour de cassation a appliqué une qualification unitaire au logiciel dans le secteur du jeu vidéo, ce dernier ayant été qualifié d'œuvre logicielle. Dans un autre arrêt plus récent, la Cour de cassation en date du 25 juin 2009 a estimé que le jeu vidéo était une œuvre complexe. Dès lors, chaque composante du jeu vidéo doit être analysée afin de déterminer quel régime juridique lui est applicable.

C/ Le caractère déterminant des conditions de protection du logiciel

1/ La forme du logiciel : un certain degré de matérialisation

Tel qu'il a été précisé précédemment, le logiciel est une œuvre de l'esprit, cette dernière revêt un caractère original, dont l'appréciation n'est pas unanime.

S'agissant du logiciel, le critère de la personnalité de l'auteur pour qualifier l'originalité de l'œuvre diffère. Ainsi, seule la forme bénéficie d'une protection. Pour être protégée, toute idée doit revêtir un certain degré de matérialisation.

Pour que le logiciel soit protégeable, aucun formalisme n'est requis en droit français bien que le logiciel doit atteindre un certain degré de matérialisation. Dès lors, l'œuvre n'a pas à être obligatoirement fixée sur un support. D'après l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle, dès la création de l'œuvre l'auteur jouit du monopole sur l'œuvre. Les pays anglo-saxons ont une approche différente. Dès lors, cette différence met en exergue pourquoi l'article 2-2 de la Convention de Berne en date du 3 août 1986 permet aux États membres de refuser d'accorder une protection aux œuvres littéraires et artistiques dans la mesure où ces dernières n'ont pas été fixées sur un support.

Cette formalité du dépôt de l'œuvre n'est pas obligatoire en droit français. La convention de Berne, à laquelle ont adhéré les États-Unis en 1988, prévoit cette absence de dépôt. Les œuvres américaines n'étaient protégées qu'après leur dépôt avant 1988. Dès lors, jusqu'à l'arrivée de la convention de Berne, la convention de Genève avait pour exigence une forme minimale pour admettre la protection d'une œuvre. Néanmoins, afin d'être à même d'invoquer une présomption de paternité sur une œuvre, le dépôt est conseillé. Une fois cette présomption établie, le titulaire d'une œuvre antérieure pourra se pourvoir en justice dans la situation où une œuvre postérieure à la sienne serait contrefaisante.

Peu importe « *le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* », l'article L112-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit une protection accordée aux œuvres de l'esprit. Il est possible de distinguer trois catégories d'œuvres : les œuvres littéraires, artistiques et scientifiques. C'est à partir de son contenu que le genre de l'œuvre s'apprécie et non par son mode d'expression. Or, bien souvent technique, le contenu du logiciel doit être analysé comme une œuvre scientifique. Néanmoins, cette qualification n'a pas de conséquence étant donné que le genre n'est pas un critère d'obtention de la protection, peu importe la forme d'expression. La première chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris, par un jugement du 21 août 1983, a estimé que quel que soit le support (support de stockage amovible ou support papier par exemple) la protection s'applique aux logiciels.

Cependant, l'homme a toujours eu la faculté de percevoir la forme d'expression. Néanmoins, le logiciel est destiné à une machine et non à l'homme comme c'est le cas des œuvres littéraires et artistiques. Dès lors, certains auteurs ont réfuté la qualification d'œuvres de l'esprit concernant les logiciels, ces derniers ne s'adressant pas à l'homme, mais au commandement du travail d'une machine. Il convient néanmoins d'adhérer à la thèse d'une partie de la doctrine considérant que le logiciel est perceptible à l'homme de manière indirecte. À titre d'exemple, c'est par l'intermédiaire d'un projecteur qu'une œuvre audiovisuelle sera perceptible par l'homme. Et c'est par l'intermédiaire de l'ordinateur que le programme d'ordinateur est perceptible par l'utilisateur.

La forme d'expression est protégée par le droit d'auteur, mais en aucun cas les idées. Dès lors, peu importe la forme d'expression, l'idée doit respecter un formalisme. C'est pour cela que les règles de mathématiques, les méthodes de programmation ne peuvent être protégées par le droit d'auteur à partir du moment où ils sont considérés comme des idées. Le critère d'originalité doit donc être apprécié. Cette notion donne lieu à de nombreuses difficultés. Il convient d'envisager deux approches quant à cette notion.

D'un versant objectif, lorsqu'elle résulte d'un effort intellectuel l'œuvre est originale. D'un versant subjectif, l'œuvre est originale dès lors qu'elle traduit la personnalité de l'auteur.

2/ Les différentes appréciations de l'originalité du logiciel

Le premier mode d'appréciation de l'originalité du logiciel est l'originalité légale. La loi ne définit pas la notion d'originalité. C'est au juge, à qui cette tâche a été confiée, celui-ci étant plus à même et compétent pour délimiter le périmètre de ce standard juridique, mais également factuel. Néanmoins, la directive européenne en date 14 mai 1991 laisse entrevoir quelques pistes pour apprécier l'originalité, cette dernière apparaît comme une « *création intellectuelle propre à son auteur* ». La directive ne manque pas de préciser que la qualité ou « la valeur esthétique » du logiciel ne peut faire l'objet d'une évaluation. Cependant en pratique ces précisions ont peu d'intérêt, elles n'apportent rien de nouveau à l'appréciation de l'originalité et elles peuvent satisfaire ce critère aussi bien objectivement que subjectivement. Les travaux préparatoires communautaires donnent davantage de crédit à la thèse objective, l'exposé des motifs de la proposition de la directive européenne rappelle explicitement que l'œuvre ne doit pas être originale, autrement dit non contrefaite pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. En droit anglais, les conditions d'accès à la protection du droit d'auteur sont simplifiées, le critère de l'originalité se définit de manière négative, autrement dit c'est l'absence de copie. La protection demeure ouverte en droit anglais bien que la jurisprudence tente d'imposer la condition d'un minimum d'effort intellectuel. Une partie de la doctrine française rejoint cette thèse selon laquelle l'approche du droit interne français est trop stricte pour les logiciels, ces derniers étant des œuvres fonctionnelles dénuées de créativité artistique.

Le second mode d'appréciation du critère d'originalité est l'appréciation doctrinale. La doctrine majoritaire en droit français opte pour une approche subjective de l'œuvre. C'est d'ailleurs à de multiples stades de réalisation du logiciel que se manifeste l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Dans un premier temps, dans la phase d'analyse ainsi que dans l'élaboration de la phase de conception. Dans la phase de l'analyse fonctionnelle, les choix décidés par l'auteur du logiciel

peuvent aider à déceler sa personnalité. Dans cette phase, il est aisé de caractériser l'originalité, en particulier des progiciels, dès lors que c'est le client qui détermine les fonctionnalités d'un logiciel spécifique et à ce titre devient coauteur du logiciel.

Néanmoins, s'il est difficile d'adhérer à ce dernier effet puisque les deux éléments ne permettent pas que le client soit coauteur. Dans un premier lieu, les fonctionnalités ne bénéficient pas de protection. Et dans un second lieu, le client exprime ses besoins dans le cahier des charges, et non au niveau de la solution tant au stade de la conception qu'au stade de la réalisation. Et cela même lorsque le client aurait validé la conception, la recette et enfin la réalisation. L'auteur dispose d'un style de programmation du logiciel singulier, c'est à ce stade, lors de la phase organique d'analyse, la personnalité de l'auteur se révèle au grand jour.

La phase de programmation permettant une plus grande liberté d'expression notamment lors de l'écriture du code source, c'est durant cette phase que se manifeste l'originalité. Le code objet est la transcription du code source, il doit donc également tirer bénéfice de la protection du droit d'auteur bien que le code source lui-même ne soit pas original.

Philippe Gaudrat estime que le logiciel est lié à des contraintes techniques qui dissolvent la manifestation de l'empreinte de la personnalité de l'auteur que l'effort intellectuel apporté par ce dernier ne peut remplacer. Ainsi, le Professeur Le Stanc considère que bien que la phase d'analyse soit écrite, il est rare que l'expression de l'auteur soit qualifiée d'originale et dès lors la protection de cette dernière par le droit d'auteur paraît dénuée de fondement. L'acceptation du critère classique de l'originalité ne peut s'appliquer dans le secteur informatique étant donné qu'une activité artistique est complètement distincte de celle d'un développeur de logiciel. Selon Robert Plaisant seul l'aspect esthétique du logiciel permet d'établir son originalité.

Enfin la dernière appréciation possible du critère d'originalité est celle du juge, l'appréciation jurisprudentielle. Dans trois arrêts rendus le 7 mars 1986, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation a opté pour la thèse objective du critère d'originalité. Dans les présents arrêts, l'auteur peut bénéficier de la protection dès lors que son logiciel est la résultante « *d'un effort personnalisé* », cet effort se matérialisant « *dans une structure individualisée* ». Néanmoins la jurisprudence apparue suite à ces arrêts n'a pas toujours respecté ce principe posé par la Cour de cassation. Cela a donné lieu à des motivations contradictoires soulignant la difficulté des juristes pour procéder à la qualification du critère de l'originalité dans un domaine étranger à la création artistique protégé classiquement par le droit d'auteur. Dès lors, dans un jugement en date du 20 janvier 1995 le Tribunal de Commerce de Bobigny a pris clairement position pour l'approche subjective. Par ailleurs, la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt datant du 23 octobre 1998, a considéré que c'était en fonction « des choix possibles qui lui sont offerts » que la personnalité de l'auteur du logiciel devait s'apprécier.

Dans un arrêt *Isermantic* du 23 octobre 1998, la Cour de cassation a rejeté le critère d'une invention nouvelle étranger à la loi du 11 mars 1957. Cependant la Cour a approuvé les juges du fond en accordant une telle protection. Ces derniers avaient établi l'originalité du logiciel au regard de « *l'apport personnel* ». Cela vient jeter le trouble car il appuie un élément subjectif à travers l'empreinte de la personnalité de l'auteur, mais également un élément objectif, l'apport intellectuel, apparu avec l'arrêt *Babolat contre Pachot* du 7 mars 1986. Faut-il entrevoir dans cet arrêt un « *come-back* » vers une approche plus subjective après le retentissement de l'arrêt *Babolat* contre

Pachot ? Cette alternance ne trouve de justification qu'au travers de la difficulté engendrée par l'appréciation du critère d'originalité du logiciel.

Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 27 mars 1987 s'est penché vers une approche plus objective et a estimé que l'originalité se déduisait de l'absence d'antériorité. Bien que ce critère soit présent en droit des brevets il n'est pas requis en droit d'auteur. Ce critère d'absence d'antériorité peut poser problème, mais il permet une protection plus facile du logiciel, ce dernier se rapprochant davantage d'un outil dont la valeur industrielle peut s'avérer importante que d'une œuvre artistique.

La difficulté pour les juges de qualifier la personnalité de l'auteur s'explique également par le fait qu'il semble illusoire d'estimer que des instructions destinées à une machine puissent aider à la manifestation de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Dès lors l'évolution prétorienne a décidé de rechercher le critère d'une activité créative suffisante empruntée encore au droit des brevets.

Ainsi, la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 10 novembre 1994, a fustigé la possible originalité dans la mise en œuvre de fonctionnalités résultant d'un assemblage de fonctionnalités élémentaires initiales. La question est amené à évoluer davantage avec le développement des logiciels libres puisque des développeurs qui n'ont pas contribué à la réalisation de composants du logiciel original ou simplement des développeurs professionnels, peuvent former ensuite un logiciel résultant de leur association.

L'application pratique de cette approche objective du critère de l'originalité peut engendrer une dérive du droit d'auteur. André Lucas insiste sur cette dérive et rappelle la créativité que l'approche objective ne doit pas ignorer au détriment de « *la rémunération de l'investissement* ». Il faut également différencier les logiciels créés par des programmes d'ordinateur et ceux assistés par ordinateur (outil de développement d'application par exemple). En France, ces œuvres bénéficient d'une protection à la condition qu'elles soient originales, il est même possible de les qualifier « d'œuvres composites » dans le cas où elles se mêlent avec des œuvres préexistantes. Néanmoins, la jurisprudence est muette à ce sujet pour l'instant. L'établissement de documents préparatoires par l'auteur permettrait à ce dernier de remplir le critère d'originalité posé par la directive européenne du 14 mai 1991. Cependant, en droit anglo-saxon, la protection apportée au logiciel est facilitée elle se révèle en fonction du « *labour* », autrement dit de l'effort apporté par l'auteur pour permettre la protection de son logiciel au moyen du droit des brevets, ce dernier se révélant plus en adéquation avec le logique de création du logiciel tel que l'a affirmé Philippe Gaudrat dans son ouvrage « *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites du droit d'auteur* ».

II/ Le régime juridique du logiciel : une protection en fonction de la situation de l'auteur

L'œuvre protégée et son régime juridique ne peut s'étudier sans avoir procédé à la détermination préalable des titulaires des droits sur l'œuvre. L'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle rappelle que l'auteur du logiciel est titulaire des droits sur ce dernier. Il existe le principe de dévolution des droits d'auteur, mais ce dernier s'adapte mal au logiciel.

Voulant tirer profit des investissements réalisés, les entreprises éditrices de logiciels n'ont pas voulu abandonner ces droits. La loi du 3 juillet 1985 a apporté une solution inédite et surtout cohérente aux interrogations sur la titularité en prévoyant lorsque le logiciel a été développé par des employés dans le cadre de leurs fonctions, une dévolution automatique des droits patrimoniaux de l'employeur. Cette solution souligne l'existence d'un droit d'auteur spécial que la transposition de la directive du 14 mai 1991 en droit français en 1994 n'a pas contredit ou remis en cause. La titularité des droits est différente dès lors que le logiciel a été développé par un seul auteur (A) ou par plusieurs auteurs (B).

A/ La titularité des droits du logiciel développé par un seul auteur

Le Professeur André Lucas rappelle que l'auteur, personne physique, est logiquement le titulaire des droits. Il rappelle que la personne à l'origine de l'œuvre finale est toujours une personne physique. Dès lors, selon l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle rappelle que cet auteur jouit « *d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». Cependant la loi du 3 juillet 1985 prévoit une solution plus pratique pour les œuvres logicielles réalisées par les salariés, il s'agit ici d'accorder les droits d'exploitation à l'employeur. Il convient dès lors d'étudier les conditions de la dévolution des droits avant d'en analyser les conséquences.

Concernant les conditions de la dévolution, la loi du 3 juillet 1985 organise de manière originale, à son article 45 cette dévolution des droits à l'employeur. Les droits naissent à l'origine sur « *la tête* » de l'auteur, du salarié, mais ils sont par la suite octroyés à l'employeur. Le salarié demeure l'auteur du logiciel, l'employeur bénéficie néanmoins de la dévolution automatique des droits, plus particulièrement certains de ces droits. La directive du 14 mai 1991 a repris cette dévolution, transposé en droit interne par la loi du 10 mai 1994 que l'on retrouve dans l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle prévoyant quatre conditions cumulatives.

La première condition exige un logiciel et sa documentation. Ici l'accent a été mis sur le caractère indissociable du logiciel et de la documentation afin de feindre une dualité entre ces éléments. Cela permettant de ne pas se retrouver avec une documentation dont les droits seraient octroyés à l'auteur et un logiciel dont les droits seraient dévolus à l'employeur.

La seconde condition précise que le logiciel doit être créé par un ou plusieurs employés. Ici on est en présence de la première difficulté rencontrée avec cette définition. Cette difficulté est illustrée par l'utilisation maladroite du terme « employé » qui n'est pas une notion juridique. Dans un jugement du 19 novembre 1991, le Tribunal de Grande Instance de Versailles a estimé que la notion juridique de salarié au terme « employé ». Mais par un arrêt du 15 juin 1992, la Cour d'Appel de Versailles est venue clarifier la situation en donnant une définition claire et objective du terme « employé », c'est-à-dire une personne « *qui dans le cadre d'un contrat, se trouve dans une situation de subordination juridique* » vis-à-vis de son employeur. Bien que cette définition apporte sans nul doute sa pierre à l'édifice de la protection de l'auteur unique du logiciel, elle paraît difficile à appliquer dans des situations particulières, lorsqu'on est en présence d'un intérimaire, d'un stagiaire, d'un mandataire social, toutes ces personnes échappent au régime juridique prévu par la loi du 3 juillet 1985 et la directive du 14 mai 1991.

Pour le cas de l'intérimaire, l'employeur est la société d'intérim, seule personne avec qui ce dernier a conclu le contrat, sauf s'il a reçu des instructions techniques de l'entreprise cliente. Selon l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle c'est logiquement la société d'intérim que les droits sont dévolus en principe comment l'entreprise client peut-elle faire valoir ses droits sur le logiciel ? Cette dernière doit anticiper cette difficulté en prévoyant des dispositions contractuelles visant la cession des droits par l'intérimaire ainsi que la société d'intérim, ou par l'intérimaire ou la société d'intérim à son égard conformément à l'article L131-3 du code de la propriété intellectuelle.

Le cas du recours à un stagiaire peut s'avérer également délicat, afin que la dévolution des droits du stagiaire s'opère, ce dernier doit pouvoir être qualifié « d'employé », il doit être rémunéré pour cela. Mais, les stagiaires ne sont souvent pas rémunérés ou alors ils ne perçoivent qu'une indemnité de stage. Il ne s'agit jamais d'une rémunération. Le stagiaire ne peut être qualifié « d'employé » en l'absence de contrat de travail, il a la possibilité, a priori, de revendiquer sa qualité d'auteur du logiciel. Par ailleurs, de par sa relation avec l'école ou l'université dont il est issu, le stagiaire peut être privé de la qualité d'auteur du logiciel au bénéfice de ces deux personnes morales. Le stagiaire bénéficiera toujours de la qualité d'auteur en l'absence d'une clause contractuelle prévoyant le contraire.

Le cas des mandataires sociaux est également difficile à gérer. Ces personnes ne sont pas des salariés, ils n'entrent pas dans le lien de subordination caractérisé par la qualité « d'employé ». La dévolution des droits n'a donc pas lieu d'être, il faudra donc prévoir des dispositions contractuelles pour procéder aux cessions (ou concessions) de droits dont a besoin l'entreprise pour assurer son activité.

Cependant, lorsqu'on évoque la notion de l'employé, la notion d'employeur ne peut être oubliée. La question de la qualification d'employé ayant trouvé une réponse quid du statut de l'employeur ? Ce dernier s'analyse d'après les dispositions du droit du travail. Ainsi, l'employeur est défini à l'article L124-1 du code du travail, il apparaît comme la personne « *dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire des utilisateurs, des salariés* ». Pour que la qualité « d'employé » soit admise l'auteur du logiciel doit avoir été employé « *au temps de la création* ». La jurisprudence a témoigné de certains cas intéressants, des salariés ont tentés d'avancer la date à laquelle le logiciel a été créé à une date antérieure à l'embauche. Les idées ou une simple réflexion sur le logiciel ne peut suffire

pour refuser la dévolution des droits. La conservation des droits vis-à-vis de l'employeur n'est possible qu'en présence d'un commencement réel de formalisation avant l'embauche.

Conformément à l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle, Il est à noter que les œuvres logicielles créées par les fonctionnaires sont dévolues à l'Etat lorsque les œuvres sont créées par les agents de l'administration et non pas uniquement les fonctionnaires. La directive du 14 mai 1991 transpose en droit interne le régime de titularité des droits des agents de l'administration par le biais de l'article L111-1 du code de la propriété intellectuelle prévoyant « *un droit exclusif et opposable à tous* ». Néanmoins, les articles 31 et suivants de la loi du 10 mai 1994 viennent tempérer ce droit concernant les prérogatives matrimoniales et les prérogatives patrimoniales. Les dispositions concernant ces prérogatives n'ont pas d'impact sur les créations logicielles il est donc inutile de les détailler.

La troisième condition cumulative de la formule précitée, « *dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de l'employeur* ». Cette formule utilisée par la loi du 3 juillet 1985 avait pour but d'appliquer les principes provenant du droit des brevets. Une application pratique de ces principes n'est pas des plus aisée étant donné que le droit des brevets vise trois catégories de d'inventions de salariés, les inventions de mission, hors missions attribuables, et hors mission. La loi du 3 juillet 1985 pose deux hypothèses possibles, lorsque le logiciel est réalisé dans l'exercice des fonctions de l'agent et lorsque ce n'est pas le cas. De ce fait, la correspondance entre les inventions de salariés et une loi très proche de l'esprit de la loi du 6 janvier 1978 « *informatique et libertés* » est des plus difficile. La rédaction de cette loi l'empêche d'être soumise aux mêmes principes généraux.

La loi de 1994 intervient non pas pour combler le manque dû à l'absence d'une troisième catégorie, mais pour ajouter « *les instructions de l'employeur* ». Cela permet de différencier l'informaticien employé qui code un logiciel dans le cadre du respect de sa mission du salarié non informaticien qui code un logiciel en suivant les instructions de son employeur. La loi de 1994 vient préciser ce qu'il adviendra d'un logiciel créé en respectant les instructions de l'employeur. Cette création se rapproche des inventions hors missions attribuables prévues par l'article 611-7 du code de la propriété intellectuelle. La loi et la jurisprudence donne souvent raison à l'employeur concernant les œuvres se rapprochant des conditions prévues à cet article, autrement dit celles concernant « *le domaine d'activité de l'entreprise* » et ayant recours à « *l'utilisation de techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise* ». La jurisprudence a donc interprété de manière très large les critères posés par l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle.

La quatrième et dernière condition cumulative prévue par ces critères est la question de la création postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985 afin de permettre une dévolution. Il est à noter que les droits sur un logiciel créé avant le 1^{er} janvier 1986 sont octroyés au salarié qui a créé le logiciel, hormis le cas où l'employeur aurait prévu une clause de cession expresse conformément à l'article 131-3 du code de la propriété intellectuelle. L'employeur désirant bénéficier d'une dévolution sur un logiciel créé à une date antérieure au 1^{er} janvier 1986 a deux solutions s'offrant à lui. La première est la mise en place d'une cession expresse à son profit et la seconde consiste à requalifier le logiciel en œuvre collective, cette requalification n'est possible que si les critères de l'œuvre collective sont réunis.

Le terme de « dévolution » est visé à l'article 113-9 du code de la propriété intellectuelle, mais en pratique il s'avère que l'employeur apparaît comme un cessionnaire. Dès lors, cette cession ne vise

que des droits patrimoniaux, le droit moral étant inaliénable comme le prévoit l'article L121-1 du code de la propriété intellectuelle. Les droits patrimoniaux pouvant faire l'objet d'une dévolution sont alors uniquement ceux portant sur logiciels et leur documentation connexe.

Ainsi, on peut parler de cession légale automatique, cette dernière est définitive et n'est pas constitué par une contrepartie indépendante de salaire. Dès lors, un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon en date du 26 août 1997 a affirmé que l'auteur salarié ne saurait revendiquer une redevance ou une indemnité en cas d'utilisation de son œuvre. Il ne pourra conserver que son droit moral. En effet, la dévolution apparaît comme la seconde possibilité pour une personne morale de procéder à l'exploitation des droits patrimoniaux d'une œuvre logicielle ou plus particulièrement une œuvre collective.

B/ La titularité des droits du logiciel développé par plusieurs auteurs

Selon le mode de développement du logiciel, le titulaire des droits de ce dernier n'est pas le même. Il faut prendre en compte l'hypothèse pratique où un client passe commande à un éditeur de logiciels. Deux situations différentes ressortent de cette hypothèse, mais il faut évidemment que le client ait participé de manière active au processus de réalisation du l'œuvre pour qualifier cette dernière d'œuvre collective.

En premier lieu, il convient d'analyser le cas du logiciel de commande. C'est l'hypothèse où la fabrication d'un logiciel par un prestataire est commandée par un client. Il s'agit ici de savoir qui, entre le prestataire et le client, sera détenteur des droits. Il convient d'analyser deux cas spécifiques, dans le premier cas il s'agira de la commande d'un progiciel et dans le second l'objet dû réside dans un logiciel spécifique.

Dans le premier cas, il convient d'analyser d'abord la nature même du logiciel non spécifique. L'auteur souhaitera conserver les droits de propriété intellectuelle sur le progiciel étant donné que la nature de ce dernier est d'être fournie à plusieurs utilisateurs. L'éditeur du logiciel non spécifique (c'est souvent lui l'auteur du progiciel) fera en sorte de conserver le monopole d'exploitation accordé par le code de la propriété intellectuelle en concédant plusieurs licences à ces clients. A priori, ces derniers n'ont pas de droits particuliers permettant la revendication d'un logiciel non spécifique s'ils ont été étrangers à sa réalisation.

Dans le second cas, le client pour qui est développé le logiciel spécifique a tout intérêt à obtenir la cession des droits d'exploitations du logiciel, le logiciel étant développé pour répondre à ses besoins spécifiques. Néanmoins, le code de la propriété intellectuelle attribue les droits à l'auteur originel, cette attribution se révèle à l'avantage du prestataire notamment lorsque ce dernier a conçu entièrement le logiciel au profit de son client. Ce dernier pourra renverser la situation à son profit qu'en modifiant le contrat et en prévoyant une cession des droits d'exploitation du logiciel ou licence exclusive ou non.

Il convient maintenant d'insister sur le fait que le logiciel est le résultat d'une collaboration entre le client et son prestataire. Par un arrêt du 18 octobre 1994, la Cour de cassation a rappelé que l'œuvre de collaboration répondait à deux conditions, « *un travail créatif par plusieurs coauteurs qui réalisant leurs créations respectives (...) avec une concertation durant le processus de création* ». Dès lors, Le client pourra avoir certaines exigences sur la titularité des droits du logiciel. Il est à noter que la rédaction du cahier des charges pour le compte du client ou par le client ne présente pas le caractère suffisant d'un élément de création pour que soit conféré au client un droit sur la réalisation et encore moins l'expression de ces attentes ou la façon dont le travail du programmeur sera orienté, le droit d'auteur se révélant au moment de l'écriture du programme. La dimension de la participation du client doit être différente, il doit contribuer impérativement à la mise en forme du logiciel.

Nous prendrons comme première hypothèse celle où le client et le prestataire contribuent chacun à une partie identifiable à la création du logiciel. Dès lors il s'agit bien du d'une œuvre relevant du régime de la collaboration visé par les articles L113-2 et L113-3 du code de la propriété intellectuelle. L'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle précise que la collaboration résulte du concours de « *plusieurs personnes physiques* ». L'article L113-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs* ».

Le régime de l'œuvre apparaît dès lors très lourd à appliquer en pratique, chaque décision dépendant de l'accord unanime des coauteurs. Dans la pratique, bien que le code de la propriété intellectuelle ne le prévoit pas, l'établissement d'un contrat de copropriété peut être envisagé, ce dernier viendrait régir les questions susceptibles de se poser. Le contrat de propriété aura pour finalité l'aménagement d'une certaine souplesse entre les coauteurs durant l'exécution de décisions importantes.

À titre d'exemple, la cession des droits ou l'agissement des coauteurs dans le cadre d'une action en contrefaçon. Le contrat de propriété permet un tel aménagement dans la situation où les participations du client et du prestataire à la création du logiciel ne seraient pas identifiables.

Bien que rappelé par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 10 mars 1988, et tel qu'il a été dit précédemment, il est à noter que l'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle souligne bien que l'œuvre de collaboration est la résultante du travail et le fruit de l'imagination de deux personnes physiques et en aucun cas de deux personnes morales. Cette précision n'est pas sans importance et elle relève du bon sens puisqu'une personne ne peut participer activement à une création et poser l'empreinte de sa personnalité sur le logiciel. Cependant, un arrêt de la Cour de Paris en date du 16 mai 1994 a déclaré le contraire en estimant que la collaboration de la personne morale à la création de l'œuvre pouvait être constatée. On peut adhérer à cette thèse en considérant que la condition posée par l'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle paraît trop rigide. Dès lors, il s'agit de prendre en compte le régime juridique de l'indivision issu des dispositions du droit commun. Aucune disposition du code de la propriété intellectuelle ne semble se dresser contre l'application des articles 1873-1 et suivants du code civil. Si l'on a recours à ces dispositions, la personne morale aura la faculté dans le cadre du contrat, de conserver l'exercice des droits sur l'œuvre de collaboration. Elle ne pourra cependant pas être considérée comme coauteur de l'œuvre à titre originel. Dès lors, des personnes morales pourront être parties à un contrat d'indivision.

La deuxième hypothèse concerne la qualification du logiciel, notamment en tant qu'œuvre collective. La jurisprudence reconnaît la qualification pour un logiciel d'œuvre collective (Tribunal de Grande

Instance de Paris, 27 juin 1984). Il est à noter que la définition de l'œuvre collective peine à s'adapter aux spécificités du logiciel. Dès lors, l'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle rappelle que l'œuvre collective est celle créée sur « *l'initiative d'une personne physique ou morale (...) dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs (...) se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'entre eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». En analysant cette définition, il est ressorti que le logiciel se retrouve heurté aux conditions d'édition, de divulgation et de publication de l'œuvre. Une partie de la doctrine tolère facilement ces conditions. À titre d'exemple, Le professeur Le Stanc estime que le logiciel peut se créer de manière « classique » lorsque la structure de la personne morale (l'entreprise) est composée de personnes juridiques.

Enfin, le cas de l'œuvre dérivée est aussi à rappeler. Le code de la propriété intellectuelle et toujours son article L113-2 protège également le logiciel issu de la création d'un autre logiciel antérieur créé par plusieurs auteurs ou non.

Après avoir déterminé l'objet de la protection du droit d'auteur sur le logiciel et son régime juridique, il a été vu que ces deux éléments étaient particuliers, il n'en est pas moins de la nature des droits portant sur un logiciel.

III/ La nature des droits portant sur le logiciel : le résultat d'un aménagement du législateur

Un certain nombre de prérogatives est offert lorsqu'on est titulaire de droits sur une œuvre logicielle. Si la propriété littéraire et artistique reconnaît la majorité de ces prérogatives, la nature particulière de l'œuvre logicielle a contraint le législateur à procéder à un aménagement de dispositifs juridiques spécifiques. La loi a alors reconnu des droits pour l'auteur du logiciel (A), les utilisateurs se sont vus reconnaître des droits par le législateur de par la nature particulière de l'œuvre logicielle (B).

A/ Les droits de l'auteur du logiciel : une amputation des droits moraux

Le logiciel est clairement pour l'entreprise un investissement important. Dès lors, le législateur a remis en cause les droits moraux qui y sont attachés par nature. Les articles L121-1 du code de la propriété intellectuelle définit les droits moraux, il s'agit pour l'auteur du « *droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétué, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort et aux héritiers de l'auteur* ». Dès lors, il est possible de délimiter ces droits moraux : autrement dit il convient d'étudier le droit à la paternité ainsi que le droit au respect de l'œuvre dans un premier temps et dans un second temps le droit de repentir.

Tout d'abord le droit à la paternité de l'œuvre, qu'elle soit logicielle ou non, permet d'autoriser à l'auteur à ce que son nom et sa qualité figurent sur sa création. Ce principe général n'est pas affecté par la loi de 1985 et par la loi de 1994. En matière de logiciel, l'auteur conserve ce droit au nom. Même en cas de concession d'une œuvre à un tiers, l'auteur sera toujours en mesure de demander que son nom figure sur chaque exemplaire de son œuvre. Il s'agit d'une prérogative des plus importantes et elle s'avère des plus protectrices en cas de logiciel créé par un salarié travaillant pour une entreprise éditrice. Cette prérogative permet à l'auteur d'assurer son identification. Ainsi, le nom de l'auteur en tant que personne physique est mentionné dans tous les documents publicitaires afférents au logiciel et également dans la rubrique « crédit ».

Le droit au respect de l'œuvre permet, quant à lui, à l'auteur de pouvoir s'opposer à une éventuelle dénaturation de son œuvre. Autrement dit, l'auteur dispose du droit à ce que son œuvre soit respecté. En matière de logiciel et depuis la loi du 3 juillet 1985, ce droit moral s'est vu réduit. Ainsi, l'article L122-7 du code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur du logiciel « *ne peut s'opposer à la modification d'un logiciel par le cessionnaire (...) lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur, ni à sa réputation.* » Et cela « *sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel* ». Le droit au respect de l'auteur est donc minimal.

Le législateur ici a voulu faire en sorte que l'exploitation du programme soit plus facile en conditionnant la notion d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre à l'existence d'un préjudice réel. La prérogative du droit au respect ne joue plus en cas de simple désaccord de l'auteur initial. Le contrat vient encore ici au secours de l'auteur, ce dernier pouvant y avoir recours pour faire valoir son droit au respect.

Le droit de divulgation est prévu à l'article L122-2 du code de la propriété intellectuelle, l'unique personne à avoir « le droit de divulguer son œuvre » est l'auteur. Ainsi, seul celui-ci peut exploiter ou non son œuvre. Toujours dans un but de préservation des investissements des entreprises éditrices, le législateur a considéré que cette prérogative ne pouvait pas être maintenue en matière de logiciel. Le cas de l'œuvre salarié est révélateur. Dès lors, le législateur a mis en place une dévolution automatique des droits patrimoniaux du salarié au profit de l'employeur, il paraît donc logique que le droit de divulgation échappe également au salarié. Néanmoins cette prérogative a été maintenue, mais elle est limitée. Une clause contractuelle doit être mise en place pour limiter l'usage par l'auteur de son droit de divulgation. Dès lors, il paraît curieux que le législateur n'ait pas permis à l'employeur une liberté de divulgation nécessaire dans le cadre de l'exercice de son activité. Une nuance est apportée par l'article L122-6 du code de la propriété intellectuelle, à son alinéa 3 puisque ait accordé à l'auteur original le droit « *d'effectuer ou d'autoriser la mise sur le marché* ». Cet article limite néanmoins considérablement le droit de divulgation de l'auteur car son droit de mise sur le marché se retrouve « épuisé » en cas de « *première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne* ». Le droit de divulgation est affecté directement par cet épuisement du droit étant donné que l'auteur n'a plus de pouvoir de décision sur la commercialisation de son œuvre.

En droit américain ou en Europe, cet épuisement de droit est très pratiqué, on parle de *first sale doctrine*. Ce principe ne s'applique cependant pas au droit de location ni au droit de représentation.

L'amputation des droits moraux de l'auteur dans le cadre de la maîtrise totale de la commercialisation par l'auteur se retrouve accentuée avec le droit de repentir ou le droit de retrait qui a été supprimé.

Le droit de repentir ou de retrait est prévu par l'article L121-4 du code de la propriété intellectuelle. Ce droit permet à l'auteur du logiciel de retirer son œuvre de la circulation à condition d'indemniser l'acquéreur. La loi de 1985 a amputé l'auteur de cette prérogative en matière de logiciel. Cette suppression a été gardée par la loi de 1994 et apparaît à l'article L121-7 du code de la propriété intellectuelle. Ainsi, l'article précité dispose que « *sauf disposition plus favorable à l'auteur* » ce dernier « *ne peut exercer son droit de repentir* ». La loi de 1985 a procédé à la suppression du droit de repentir ou droit de retrait dans un objectif de réalité économique. L'auteur pourra toujours s'en remettre au contrat pour retrouver ce droit.

Concernant les droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Ceux-ci sont visés de manière expresse par l'article L122-1 du code de la propriété intellectuelle, il s'agit du « *droit d'exploitation* », ce dernier appartient à l'auteur et « *comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ». L'article L122-8 du code de la propriété intellectuelle prévoit un droit de suite considéré comme étant le « *droit inaliénable de participation* » de l'auteur lorsque l'œuvre est « *faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant* ». Dans ce cas l'œuvre ne bénéficie pas à l'auteur du logiciel.

Le législateur a modifié le contenu des droits patrimoniaux pour s'adapter à la nature particulière du logiciel. La loi va jusqu'à redéfinir la portée du droit d'exploitation pour les logiciels d'ordinateurs avec l'article L122-6 du code de la propriété intellectuelle. Le droit d'exploitation est ainsi constitué du droit de « *reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel* » et de « *la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel* » et enfin « *la mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit (...) d'un logiciel par tout procédé* ».

Les formes variées d'exploitation offertes par le logiciel permettent à ce dernier de se décomposer en plusieurs droits : droit de représentation, droit de reproduction, droit d'utilisation ou droit d'adaptation.

L'article L122-2 du code de la propriété intellectuelle définit le droit de représentation comme « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* ». Ce procédé peut être la « *récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique* » ou encore la « *télédiffusion* ». En matière de logiciels, la notion de « représentation » n'a pas de définition spécifique ni par la loi du 10 mai 1994 ni par celle du 3 juillet 1985. Certes, l'affichage du mode d'exploitation qui est soumis à une autorisation préalable de l'auteur est mentionné par l'article L122-6 du code de la propriété intellectuelle. Cependant, le législateur n'a pas apporté davantage de précisions sur ce point. Il faut donc interpréter la notion de représentation en matière de logiciel, en vertu du droit commun issu de l'article L122-2 du code de la propriété intellectuelle. La représentation apparaît comme « *la communication au public* » de l'œuvre par le biais d'un « *procédé quelconque* ». Ces procédés peuvent être l'exécution, la transmission, le chargement, la loi du 10 mai 1994 les vise expressément. Dès lors, le principe demeure que la représentation n'est valable qu'à condition d'avoir reçu l'autorisation de l'auteur.

Concernant le droit de reproduction, il est défini par le code de la propriété intellectuelle à l'article L122-3 comme « *la fixation matérielle de l'œuvre* » et ce « *par tout procédé qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte* ». Au regard du droit commun, la lettre de la loi de 1994 s'avère très technique. Ainsi, on a ajouté le « *chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage* » (qui nécessitent une reproduction) à la définition suivante « *la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme* ». Dès lors, en dehors du cadre de l'autorisation expresse de l'auteur, hormis la copie de sauvegarde, toute autre reproduction de l'œuvre de l'auteur se retrouve condamnable. L'article L122-4 du code de la propriété intellectuelle qualifie une telle reproduction d'illicite.

S'agissant du droit d'utilisation, c'est la simple utilisation du logiciel, autrement dit, son affichage et son chargement apparaissent comme des actes de reproduction éligibles à l'autorisation du droit d'auteur. Le droit de reproduction et le droit d'utilisation sont dès lors unis par un lien très étroit.

Concernant le droit d'adaptation, il regroupe les éléments suivants : « *la traduction, l'adaptation, l'arrangement, ou toute autre modification d'un logiciel* ». Le droit d'adaptation est également soumis à l'autorisation préalable de l'auteur avant toute modification du logiciel. Cependant, de nombreuses limites aux prérogatives de l'auteur ont été aménagés par le législateur. Ces limites ne doivent pas nuire au respect de l'œuvre. Ainsi, l'article L122-7 du code de la propriété intellectuelle offre la possibilité pour le cessionnaire des droits de modifier le logiciel. Mais ceci à la condition que cette modification ne porte pas préjudice ni à l'honneur ni à la réputation de l'auteur. Bien que le principe de l'autorisation préalable de l'auteur demeure, on voit bien que la modification du logiciel par le cessionnaire est malgré tout possible. L'article L122-6-1 du code de la propriété intellectuelle précise bien que les actes auxquels renvoie cet article « *ne sont pas soumis à autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel conformément à son utilisation (...)* ». En effet, en l'absence de clause contractuelle mis en place par l'auteur, l'utilisateur voulant modifier son logiciel afin qu'il corresponde à sa destination initiale, n'aura pas pour obligation de solliciter l'autorisation de l'auteur.

En outre, le droit d'adaptation et à travers ce droit, l'exercice du droit de traduction, ne peut se faire sans le code source du logiciel. Dès lors, l'utilisateur a besoin du code source pour intervenir sur le logiciel. Dès lors il devient difficile pour l'utilisateur de revendiquer son droit d'utilisation prévu par l'article L121-7 du code de la propriété intellectuelle s'il n'a pas accès au fameux code source. Mis à part les logiciels libres dont le code source est toujours accompagné du logiciel, il est très rare que le code source d'un logiciel commercial soit remis à l'utilisateur, l'auteur peut dès lors garder un œil sur les éventuelles modifications apportées à son programme. La seule possibilité pour l'utilisateur d'accéder au code est l'existence d'un aménagement contractuel, dans ce cas, l'utilisateur pourra procéder aux modifications nécessaires afin de garantir la destination initiale du logiciel. Les modalités de remise du code source devront être prévues par le contrat.

Concernant le droit de distribution, la loi du 10 mai 1994 définit ce droit comme « *la mise sur le marché, à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel, par tout procédé* ». Le législateur ne mentionne pas de manière explicite le droit de distribution, mais ce dernier ressort dans plusieurs dispositions du code de la propriété intellectuelle. L'article L131-3 du code de la propriété intellectuelle renvoie à la destination des droits d'exploitation, recouvrant dès lors le mode d'utilisation (objet du contrat). Par conséquent, lorsque l'auteur de l'œuvre prend la

décision de procéder à la commercialisation du logiciel à travers un circuit de distribution externe, un droit de distribution vient en complément de cette commercialisation.

L'article L122-6 du code de la propriété intellectuelle, ajouté par la loi de 1994, en son novateur alinéa 3, précise la notion de droit de distribution via la notion de l'épuisement de droit. Le droit de mise sur le marché se retrouve épuisé par « *la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne* ». Le droit de distribution apparaît comme un simple droit de mise sur le marché, le mode de commercialisation initial de chaque exemplaire du logiciel ne dépendant uniquement du choix réalisé par l'auteur du logiciel. Néanmoins, l'auteur a un pouvoir de contrôle sur la mise sur le marché du logiciel, mais n'a aucune prérogative sur la période de circulation du logiciel. L'auteur est également privé de son droit de repentir ou de droit de retrait, le droit de distribution ne joue donc que pour la mise sur le marché.

Concernant le droit de location, il apparaît comme le dernier pouvoir octroyé à l'auteur par les dispositions particulières de droits patrimoniaux attachés aux logiciels. Ce droit est visé par l'article L122-6 du code de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement son alinéa 3. Dès lors, la première mise sur le marché n'efface pas le droit d'autorisation de la location de l'exemplaire du logiciel. Par conséquent, la location du logiciel dépend de l'autorisation de l'auteur, ce principe est très strict.

Après avoir analysé à la suite, les droits patrimoniaux conférés à l'auteur. Il convient d'analyser les aménagements du monopole des droits de l'auteur mis en place par le législateur. En effet, la résultante de ces aménagements est la naissance de droits reconnus à l'utilisateur.

B/ La reconnaissance de droits aux utilisateurs du logiciel

L'article L122-6-1 du code de la propriété intellectuelle reconnaît à l'utilisateur des droits spécifiques dans le cadre de l'utilisation du logiciel. Ces droits s'identifient comme des exceptions au monopole du titulaire des droits d'auteur. Ces exceptions sont l'accomplissement des actes indispensables à l'utilisation du logiciel, l'étude de son fonctionnement et enfin la décompilation du logiciel.

L'article précité constitue une exception aux droits patrimoniaux de l'auteur du logiciel, il prévoit pour l'utilisateur le droit de reproduire, adapter, traduire et arranger le logiciel. Ce droit peut être utilisé notamment à des fins de correction d'erreurs du logiciel dès lors que cette dernière est nécessaire à l'utilisation de l'œuvre. Le droit de correction des erreurs peut néanmoins être soumis à l'exclusivité de l'auteur si ce dernier l'a prévu par contrat dans lequel il peut fixer les modalités particulières permettant à l'utilisateur de bénéficier d'une telle prérogative. C'est souvent par la voie contractuelle que l'auteur délimite le droit de modification du logiciel comme on l'a vu précédemment.

Concernant le droit d'étudier le fonctionnement du logiciel, il est prévu à l'article L122-6-2 du code de la propriété intellectuelle. L'article 5 de la directive européenne en date du 14 mai 1991 prévoit la faculté pour l'utilisateur de tester le logiciel en effectuant « *toute opération de chargement d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage* » et cela dans un but de détermination des

principes et des idées du logiciel. La directive européenne de 1991 rappelle cette règle afin d'affirmer la nullité de toute clause visant à interdire cette prérogative de l'utilisateur.

S'agissant de la décompilation, celle-ci permet de retraduire le code objet afin de remonter vers le code source (le seul code connaissable de l'homme) on parle de *reverse engineering*. La décompilation est identifiée comme un acte de reproduction dont le régime est différent du régime de la copie de sauvegarde. La loi a du rechercher un équilibre pour satisfaire la réticence les sociétés de services en ingénierie informatique à donner accès à leur code source et la nécessité pour l'utilisateur légitime d'accéder à ce code, dans certains cas.

La décompilation peut également avoir des fins d'interopérabilité. Une interface logique assure l'interopérabilité entre les différents éléments logiciels composant un ordinateur. À titre d'exemple, c'est l'interface logique du système d'exploitation qui reconnaît le logiciel. Pour être sûr qu'une interopérabilité existe, il est nécessaire de retourner au code source et donc une décompilation. C'est ici qu'intervient l'exception à l'interdiction de décompilation. En effet, l'article L122-6-1 du code la propriété intellectuelle énonce que la traduction de la forme du code du logiciel ou la reproduction du code du logiciel ne saurait être soumise à l'autorisation préalable de l'auteur dès lors que la reproduction ou la traduction de celui-ci se révèle indispensable pour parvenir à l'obtention d'informations nécessaires à l'interopérabilité du logiciel.

Néanmoins, des conditions strictes encadrent cette exception de décompilation. D'une part, seuls un tiers (pour le compte de l'utilisateur) ou l'utilisateur légitime peuvent effectuer la décompilation. D'autre part, la décompilation n'est possible qu'en l'absence de mode d'accès facile et rapide au code source. L'utilisateur devra donc négocier un droit d'accès au code source ou tout simplement demander cet accès.

Enfin, la décompilation ne doit porter que sur les parties du programme dont l'interopérabilité a besoin. Dès lors, il faut donc pouvoir situer les éléments permettant l'interopérabilité dans le logiciel.

Aux États-Unis, afin de simplifier cette procédure, l'utilisateur bénéficie de la méthode du *clean room*. Dans un premier temps, une première équipe de développeurs vont décompiler le logiciel afin de retrouver tous les éléments d'interopérabilité. Dans un second temps, une seconde équipe va récupérer ces éléments et va procéder à l'écriture du logiciel en assurant son interopérabilité. La méthode paraît astucieuse, l'inconvénient est que les équipes proviennent souvent de la même entreprise. Dès lors si la société de services en ingénierie informatique refuse de donner accès aux éléments d'interopérabilité, elle prend le risque de voir son logiciel mis à nu. Les informations recueillies grâce à la décompilation ne doivent pas être réutilisées sous leur forme initiale. Ces informations ne doivent pas être transmises à des tiers sauf dans le cadre d'une décompilation d'interopérabilité.

Concernant la décompilation de maintenance, consistant en l'ensemble de mises à jour correctives ou évolutives. Le droit moral et les droits patrimoniaux de l'auteur prévoient la possibilité d'adapter évolutivement le logiciel. Ce droit implique encore la nécessité pour l'utilisateur d'avoir accès au code source. Or, ni le code de la propriété intellectuelle ni la directive du 14 mai 1991 ne limitent la décompilation à celle d'interopérabilité.

S'agissant de la décompilation de test et d'analyse, l'hypothèse n'a pas été prévue par le législateur et pourrait donc être qualifiée de contrefaçon. Dès lors, le droit de tester un logiciel apparaît comme un droit exclusivement externe et ne concerne pas une analyse interne de l'œuvre logicielle. À titre d'exemple, une étude du code source relève d'une analyse interne. C'est pourquoi, la demande l'utilisateur n'est pas fondée lorsque celle-ci combine un droit de décompilation et un droit de test, également un droit de décompilation ou un droit de test afin de tester un logiciel. À titre d'exemple, les utilisateurs se voient souvent refuser ces demandes pour des logiciels antivirus, dont le caractère infaillible a été mis en avant par l'auteur !

Pour conclure, l'auteur du logiciel se voit amputer de nombreux droits qu'ils soient moraux ou patrimoniaux. Or, l'œuvre logicielle apparaît souvent aux yeux de l'auteur, comme l'avait énoncé Le Chapelier, dans son *« Rapport au nom du Comité de Constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques »* en date de 1791 comme « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés* ». Bien que cette dernière soit destinée à l'utilisation d'une machine et non comme l'ouvrage qui est « le fruit de la pensée d'un écrivain ». Faut-il voir dans la destination du logiciel, autrement dit la machine, la justification à la réduction des droits de l'auteur de l'œuvre logicielle opérée par le législateur. Le logiciel doit-il se rapprocher de l'homme pour que l'auteur gagne en légitimité ? Les logiciels futurs feront appel à la pensée de l'homme, il existe déjà des logiciels en cours de développement capable de retranscrire à l'écrit ce que pense le cerveau humain par *le biais d'un bonnet* captant les ondes électromagnétiques générées par le cortex. On peut donc entrevoir dans le futur des nouvelles technologies, un rapprochement avec l'humain et peut être une incidence du droit d'auteur sur le logiciel visant à protéger davantage l'auteur du logiciel, surtout lorsque l'œuvre logicielle de ce dernier sera le fruit de sa pensée et permettra aux autres de bénéficier de la retranscription à l'écrit de leur propre pensée.

BIBLIOGRAPHIE.

- « *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit* », Philippe Gaudrat ,1995.
- « *La Protection des logiciels par le droit d'auteur* », Philippe Gaudrat, 1995.
- « *Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ?* » Xavier Linant de Bellefonds, 1998.
- « *Le logiciel et le droit, propriété, protection, licence* » Jean François Forgeron, 1995.
- « *La délivrance des progiciels de gestion intégrée* » Hubert Bitan ,2001.
- « *Droit de l'informatique et des réseaux* » Michel Vivant, Christian Le Stanc, 2001.
- « *Contrats et litiges en informatique. La délivrance du logiciel* » Hubert Bitan, 1996.
- « *Droit des créations immatérielles* » Hubert Bitan, 2010.
- « *Protection et contrefaçon des logiciels* » Hubert Bitan, 2006.
- « *Brevet d'invention, marques et propriétés industrielle* » Jean-Michel Wagret, 2001.
- « *L'Europe des logiciels, les droits des utilisateurs* » Jean Huet, 1992.
- « *L'exposé des motifs de la proposition de directive* » Alain Lucas, 1998.
- « *L'originalité des logiciels : la situation française* » Philippe Gaudrat, 1990.
- « *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites du droit d'auteur* » Philippe Gaudrat, 2005.
- « *Quelques réflexions sur l'œuvre collective* » Yves Reboul, 1990.
- « *L'autonomie des droits de décompilation et d'analyse* » Xavier Linant de Bellefonds, 2007.