

DROIT D'USAGE, LICENCE ET CONTREFACON

par Alain Bensoussan

Le droit d'usage n'est pas un des éléments traditionnels des attributs de la propriété littéraire et artistique reconnus à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit. Le droit d'auteur comprend des droits moraux et des droits patrimoniaux. Il se distingue fondamentalement de la propriété des biens corporels.

Les droits patrimoniaux sont traditionnellement répartis en deux catégories :

- les droits de représentation,
- les droits de reproduction.

De manière particulière, la loi du 3 juillet 1985, organisant un statut particulier pour le logiciel en qualité d'oeuvre, consacre un droit patrimonial complémentaire dans les termes suivants :

"Toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants-droit est passible des sanctions prévues par ladite loi".

LE CONCEPT D'UTILISATION

Il n'est pas facile de définir le terme : "utilisation". De la jouissance paisible à la destruction, de la consommation émotionnelle de l'oeuvre à l'insertion dans un processus de production, nombreux sont les cas d'utilisation d'une suite de programmes informatiques. Le terme "utilisation" semble recouvrir l'ensemble des droits d'usage que peut obtenir un utilisateur. Ces droits d'usage sont aussi multiples que

le permet un logiciel. Il en est ainsi de l'utilisation, sur une ou plusieurs unités centrales, de la traduction, de l'émulation, du démembrement des programmes, de la décompilation pour analyse à l'exécution sur un système informatique différent de celui initialement envisagé par le créateur.

Le terme "utilisation" renvoie à la notion d'usage, laquelle est définie au travers de multiples contrats dans la pratique. La licence ou le contrat de concession prévoit traditionnellement un droit d'usage. De même, la cession de l'ensemble des droits organise un usage qui n'est plus soumis à une limitation de temps.

La notion d'utilisation peut recouvrir une utilisation partielle et momentanée comme dans un cas de contrat de licence, ou une utilisation totale et indéterminée pour la durée de protection légale comme pour la cession.

Le législateur semble avoir voulu réguler la possession et la mise en oeuvre du logiciel sans privilégier un cadre particulier de transfert du droit d'usage entre l'auteur et ses ayants-droit d'une part, et l'utilisateur final d'autre part.

Il paraît dans un premier temps surprenant d'imposer un concept d'autorisation par l'auteur pour justifier de l'utilisation d'un logiciel par un client. En effet, la philosophie des droits d'auteur est de s'appuyer sur un concept d'autorisation généralisée

préalable. A défaut d'autorisation, un utilisateur ne peut prétendre à des droits particuliers.

La protection des auteurs suppose obligatoirement une régulation des modes de transmission qui sont organisés de manière très particulière afin d'éviter une dépossession de l'objet de la création et des droits associés.

Le concept d'autorisation est soutenu a priori automatiquement par la propriété littéraire et artistique puisque l'article 21 de la loi du 11 mars 1957 précise : *"L'auteur jouit sa vie durant du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire."*

Ce droit exclusif porte en lui-même un droit d'autorisation. Il paraît difficile d'admettre que cette exclusivité puisse être perdue en fonction d'une situation de fait. Parallèlement à l'exigence d'exclusivité, le législateur a imposé pour le transfert des droits de représentation et de reproduction un écrit, même pour les *"autorisations gratuites d'exécution"*.

De plus, l'exigence d'un écrit est largement renforcée par les précautions concernant la transmission des

Reversing Ingeneering
décompilation
=
contrefaçon

droits puisque celle-ci est subordonnée à la condition "que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée."

Les actes de cession ne semblent pas devoir être distinguables des actes d'utilisation. La commune intention de l'ensemble de ces principes a pour base la protection de l'auteur. Les cessions, même temporaires, constituent, en fait, des démembrements de la propriété littéraire et artistique. Il en est ainsi des formules de droits de tirage définissant les droits de l'éditeur en fonction du nombre d'exemplaires. Egalement, la licence d'usage, même si elle n'entraîne pas un transfert de propriété, constitue, comme la cession temporaire, un démembrement.

LE LOGICIEL

L'autorisation d'usage porte sur un logiciel. Le législateur n'a pas défini le logiciel. Il s'entend de l'ensemble des programmes et semble-t-il de la documentation associée. L'interprétation de cette notion d'usage est à envisager tant au titre de l'usage de l'oeuvre que de l'usage de l'exemplaire représentatif de cette oeuvre.

En matière littéraire, l'oeuvre incorporelle est identifiée par le terme de "roman" tandis que sa représentation matérielle est constituée par le livre.

L'article 29 de la loi du 11 mars 1957 précise de manière expresse que "la propriété incorporelle définie par l'article 1, est indépendante de la propriété de l'objet matériel". De ce fait, lorsque des droits sont organisés en pratique, il faut distinguer ceux qui régissent l'oeuvre "logiciel" de l'exemplaire représentatif du logiciel.

Deux termes devraient être utilisés pour bien marquer la différence entre ces deux notions : ainsi, il pourrait être retenu le terme "logiciel" pour la notion d'oeuvre et celui de "logiplaire" pour identifier l'objet matériel (1).

En effet, l'usage non autorisé de

l'article 47 de la loi du 3 juillet 1985 concerne l'usage de l'exemplaire et non celui de l'oeuvre.

Les modifications éventuelles de l'oeuvre sont régies par un autre article : l'article 46 de la loi du 3 juillet 1985 prévoit, compte tenu de la nature même de l'oeuvre logiciel, une atténuation du droit moral de l'auteur à l'intégrité de son oeuvre. Ainsi, sauf stipulation contraire, "l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés ..." Ce droit d'adaptation porte sur le logiciel en qualité d'oeuvre. Par contre, l'utilisation de l'article 47 s'applique au logiplaire.

Le non respect du droit d'usage = contrefaçon

Enfin, les droits d'exploitation, de reproduction et de représentation sont régis par les principes généraux de la loi du 11 mars 1957. Le titre V "des logiciels" de la loi du 3 juillet 1985 n'organise qu'un statut particulier limitativement dérogeant au statut général des oeuvres littéraires et artistiques. Il en est ainsi notamment du droit d'adaptation (article 46), du droit d'usage (article 47) ou de la durée de la protection du logiciel (article 48).

LA NOTION "EXPRESSE"

L'autorisation doit être expresse. Cette notion renvoie nécessairement, compte tenu de la combinaison avec les autres principes de la loi du 11 mars 1957, à une mention spéciale figurant dans le contrat. La charge de la preuve de l'autorisation incombe à l'utilisateur. En effet, il suffira à l'auteur de déclarer qu'il n'a pas procédé à une quelconque autorisation pour faire valoir son point de vue

judiciairement.

La notion "expresse" suppose que l'utilisateur a recueilli l'autorisation de l'auteur. Pour les contrats de licence ou de cession, les droits d'utilisation se déduiront du texte des conventions régissant les rapports entre les parties.

La limitation d'usage peut s'appuyer sur des considérations techniques ou juridiques. Les considérations techniques concerneraient :

- la mise en oeuvre sur un ou plusieurs sites géographiques,
- l'utilisation d'une fonction par rapport à un objectif,
- l'exploitation sur une ou plusieurs unités centrales ou en réseau,

Les restrictions juridiques porteraient sur :

- l'interdiction d'une cession, tant du logiplaire, du logiciel que du contrat associé,
- la prohibition d'opérations aussi diverses que les prêts, les locations, les licences, les mises à disposition, les exploitations en service bureau ou en facilities management.

L'utilisation limitée de l'article 47 vise à la fois le code objet et le code source.

L'utilisation de l'objet matériel relève simultanément de sa mise en oeuvre et de sa compréhension. Dans ce cadre, la problématique du reverse engineering peut prendre appui sur ce texte.

Il est évident que le droit d'auteur ne protège que la forme et non les idées sous-jacentes. Toutefois, énoncée de manière aussi générale, cette formulation n'est pas exempte de contradictions. Dans la majeure partie des cas, les emprunts de forme interne constituent une contrefaçon et les premiers appendices d'une réservation privative des idées.

Le logiplaire peut se trouver sous une forme source comme sous une forme objet. Il est sous forme source lorsque l'exemplaire du logiciel est remis en tant que tel. Il est sous forme objet lorsque l'on est en code exécuté. Il est sous code source et sous code objet lorsque les programmes sont écrits avec un langage interprété. A défaut de remise du code source avec le logiciel

La décompilation constitue une utilisation non autorisée.

Le domaine du libre parcours des idées ne concerne que celles qui peuvent être prises en compte normalement par la détention de l'objet matériel ou la prise de connaissance immédiate et sans décomposition de l'oeuvre.

S'il est effectif qu'il n'est pas interdit d'écrire un programme informatique à partir des éléments descriptifs figurant dans un article, dont seule la forme de l'article est protégée, et non pas la méthodologie de la construction, cela suppose bien évidemment que l'article puisse être compréhensible immédiatement par l'homme.

L'appropriation des idées est sous-tendue par la forme de la communication. Ne sont de libre parcours que les idées qui sont directement accessibles par la détention et l'utilisation autorisée du logiplaire.

Tel n'est pas le cas d'un logiciel compilé qui se présente sous la forme de code objet. Les idées, l'architecture des programmes et les constructions qui se trouvent à l'intérieur du code objet ne peuvent être révélées qu'au titre d'une manipulation technique qui consiste, à partir du code objet, au moyen de programme de décompilation, de faire apparaître le code source.

Outre que ces programmes présentent aujourd'hui de très grandes difficultés de mise en oeuvre et ne peuvent garantir l'exactitude du code source issu du code objet, leur utilisation illicite est sanctionnable au titre du non respect des droits de l'auteur sur l'utilisation de son oeuvre logicielle.

LA PERSONNE AUTORISEE

Classiquement, pour la doctrine, le droit de destination repose sur la notion de contrôle qu'impose l'auteur sur les usages des exemplaires représentatifs de l'oeuvre par les utilisateurs.

Pour donner un sens effectif à l'article 47, l'autorisation doit être interprétée par rapport à l'objet, c'est-à-dire au logiplaire, et non par rapport à une personne.

Lorsqu'une entreprise a acquis les droits d'utilisation, ces droits peuvent être mis en oeuvre par chacun des salariés à condition de ne pas porter atteinte à la limite des droits de reproduction. De même, le droit d'utilisation par un chef de famille sera étendu au cercle de famille, au sens que lui donne traditionnellement la loi du 11 mars 1957.

L'EXEMPLE BORLAND

Essayant de tirer parti de la distinction "logiciel/logiplaire", la société Borland définit les droits d'un utilisateur par :

- une référence à des principes généraux,
- une définition d'un usage équivalent à celui d'un livre.



Les principes généraux de la licence Borland consistent à combiner :

- la législation en vigueur dans l'Etat de Californie,
- les règles du copyright américain,
- les conventions internationales relatives aux droits d'auteur,
- un contrat d'usage limité.

Pour la France, tout particulièrement, le droit d'usage est obtenu sur le plan formel par la signature d'une licence qui prévoit au titre de la condition de définition du droit d'utilisation, les éléments suivants :

"Borland vous accorde en vertu de cette licence, le droit d'utiliser ce logiciel de la même façon que vous utilisez un livre et sous réserve de ce qui suit : Borland vous autorise à effectuer une ou plusieurs copies des disquettes ori-

Assimiler

l'usage d'un logiciel à la lecture d'un livre

ginales pour autant que vous ne les effectuez qu'à des fins de sauvegarde et pour vous prémunir contre la perte de vos disquettes originales.

Utiliser ce logiciel comme un livre signifie pour Borland que ce logiciel pourra être utilisé par n'importe quelle personne, sur un ordinateur ou sur un autre et ce aussi longtemps qu'il n'en sera pas fait usage au même moment sur deux ordinateurs différents. En effet, tout comme un même livre ne peut être lu par deux personnes différentes dans deux lieux différents, ce logiciel ne peut être utilisé, sans que les droits d'auteur de Borland ne soient violés, par deux personnes différentes au même moment sur deux ordinateurs différents."

Cette rédaction qui est très maladroite, essaie toutefois de régler le problème de la réservation générale du droit de propriété littéraire et artistique sur l'oeuvre et la réservation particulière du droit d'usage sur l'exemplaire représentatif de l'oeuvre.

Le livre est considéré comme assimilable à l'exemplaire du logiciel détenu par l'utilisateur et, en tant que tel, pourrait être utilisé dans une entreprise par "n'importe quelle personne sous la réserve expresse qu'au même moment, deux ordinateurs différents ne mettent pas en oeuvre le même logiciel".

Cette notion de mise en oeuvre n'est pas très claire dans la licence Borland. *"Tout comme un même livre ne peut être lu par deux personnes différentes dans des lieux différents, ce logiciel ne peut être utilisé ... par*

deux personnes différentes au même moment sur deux ordinateurs différents".

En fait, le logiciel pourrait être utilisé techniquement par deux personnes simultanément bien qu'il ne se trouve qu'en un seul exemplaire sur un disque dur. Il en est ainsi lorsque le logiciel est organisé pour être mis en oeuvre dans un contexte de réseau.

Ce que tente de régler la société Borland, c'est l'utilisation de l'exemplaire qui doit être unique. En effet, l'exemplaire représentatif de l'oeuvre est indéfiniment reproductible sous réserve d'éventuels blocages d'ordre technique. La reproduction en deux exemplaires du logiciel constituerait une contrefaçon et ne réagit pas sur les limites éventuelles au droit d'usage. De même, la photocopie intégrale du livre constitue une duplication du livre et une contrefaçon du roman. En pratique, la société Borland essaie d'organiser, dans le cadre de l'entreprise, une utilisation par plusieurs personnes de manière successive et non de manière simultanée.

L'assimilation à la consultation successivement du livre en bibliothèque par deux personnes, membres d'une entreprise, constitue une illustration beaucoup plus forte du principe que souhaiterait voir organiser la société Borland au moyen de son contrat de licence.

De manière corrélatrice, la définition du droit d'usage par l'utilisation du livre ne se réduit pas à la reproduction.

Pour un livre, il y a une prise de connaissance complète de l'oeuvre. Il n'est pas évident que Borland ait tiré toutes les conséquences de l'assimilation au livre. Une distinction doit être opérée entre les logiciels en codes exécutables et les logiciels en codes sources.

Il y a tout lieu d'anticiper que la licence Borland s'applique à des logiciels sous codes objets, c'est-à-dire des logiciels exécutables. Dans ce cadre, l'utilisateur n'a pas les moyens, lorsque sont utilisés des langages compilés, de prendre connaissance des spécifications

internes des programmes : instructions et architecture.

De manière générale, l'assimilation aux oeuvres littéraires butte sur la nature du logiciel. Dans la phase de création, le logiciel est une oeuvre de l'esprit. Il est conçu et réalisé comme une oeuvre littéraire. Il est composé d'un code, d'une grammaire et d'une syntaxe qui est assimilable à une oeuvre littéraire ou une oeuvre musicale. C'est une écriture particulière.

Par contre, dans la phase de consommation, l'oeuvre logicielle n'a plus aucun rapport avec l'oeuvre littéraire. Le logiciel ne produit aucune émotion. Il n'entre pas dans une consommation culturelle. Le logiciel a une vocation purement économique et s'inscrit dans une phase de production de valeurs marchandes (3).

La plupart des contrats de licence sont à réécrire

Dans cette phase, réapparaissant sous les traits "burinés" de la marchandise, le même logiciel en codes sources ou en codes exécutables est assimilable à une marchandise. L'objet matériel comme l'oeuvre est étranger à une consommation de type culturel.

Les différends qui opposent les tenants de la protection du droit d'auteur pour les logiciels à ceux qui énoncent, pour la rejeter, les meurtrissures subies par la propriété littéraire et artistique, se renvoient systématiquement des arguments sérieux qui ne portent pas sur le même champ d'observation.

Il n'y a aucune difficulté d'application du droit d'auteur à la phase de création du logiciel. Ce sont des oeuvres de langage. Par contre, leurs particularismes résultent de leurs caractéristiques d'oeuvres non culturelles : les oeuvres non culturelles ou oeuvres économiques ne se consomment pas par des émotions successives,

mais par la production de biens et services marchands.

LES SANCTIONS

Le non respect des droits d'utilisation est sanctionné par un mécanisme juridique de renvoi aux "sanctions prévues par ladite loi", c'est-à-dire à la loi du 11 mars 1957. Les sanctions visées dans cette loi sont de natures diverses. Elles peuvent être civiles ou pénales. Si l'on examine les sanctions pénales, on s'aperçoit qu'aucun des articles 425 et 426 du code pénal n'organise le non respect d'un droit d'usage.

En effet, l'usage des oeuvres, en ce qui concerne la propriété de l'objet matériel, ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Sous réserve du respect de l'oeuvre, l'usage est assimilé, pour l'objet matériel, à celui des biens mobiliers corporels. En conséquence, ne doit-on pas entendre pour ce terme : "sanction" que des conséquences civiles du fait de l'utilisation non expressément autorisée ?

Certains auteurs suggèrent que l'article 47 se trouve dans l'impossibilité, a priori, d'être utilisé, puisque l'élément matériel des infractions, comme les peines applicables, sont différentes suivant le type de non respect des droits d'auteur. L'article 47, procédant par renvoi général, ne permettrait pas de privilégier une sanction pénale parmi l'ensemble des sanctions potentielles.

La thèse contraire consiste à retenir l'article 425 du code pénal qui précise :

"Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit".

L'énumération de l'article 425 n'est pas limitative. Elle protège toutes les oeuvres qui entrent dans le domaine de la protection visée par la propriété littéraire et artistique.

De ce fait, le concept "d'écrits" qui est le seul des éléments mis au pluri

par le législateur renvoie à toutes les conceptions d'écritures et notamment aux logiciels qui ne sont que des écrits dans une langue technique particulière.

Plus difficile est la combinaison

*L'usage sans autorisation
d'un logiciel
est une contrefaçon
sanctionnée pénalement*

sanctions prévues par la loi du 11 mars 1957 lorsqu'il est fait référence au concept d'usage par rapport à celui d'édition ou de production.

Le non respect du caractère privé de la copie est sanctionné par l'article 425, bien que l'on ne soit pas en présence directe d'une édition ou d'une production. Le terme "production" est à prendre dans un sens extrêmement large. L'article 425 oblige à une identité de point de vue juridique de concept pénal et de concept civil puisqu'il prévoit expressément le mépris "des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs".

Ainsi, la définition de l'oeuvre, l'originalité, les droits d'exploitation et le droit d'usage sont autant de considérations dont le contenu et les limites doivent être homogènes tant au plan pénal qu'au plan civil.

En ce sens, la Cour de cassation a considéré que l'atteinte portée "aux droits de l'auteur" tels qu'ils sont définis ou réglementés par la loi du 11 mars 1957, constituait une contrefaçon en tant que telle et sans que celle-ci soit forcément constituée d'une reproduction d'une oeuvre de l'esprit. (2)

L'article 426, alinéa 1 pourrait être aussi applicable dans le cas particulier d'une utilisation en mode service bureau. En effet, "est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion par quelque moyen que ce soit d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de

l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi".

La diffusion s'entend de toute mise à disposition d'une oeuvre protégée. L'utilisation d'un logiciel en mode service bureau ou facilities management constitue une diffusion en tant que telle.

**LA PRESOMPTION
DE MAUVAISE FOI**

La présomption de mauvaise foi ne s'applique qu'à l'auteur principal en application d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Face à la matérialité d'une contrefaçon, le prévenu peut contester l'existence d'un élément intentionnel, mais pour ce faire, il a la charge de justifier sa bonne foi. Tel pourrait être le cas lorsque le contrat ne précise pas de manière très claire les droits accordés. Si la règle du "non expressément autorisé" entraînait l'absence de justification de la bonne foi, il en serait autrement lorsque les autorisations elles-mêmes ne sont pas précises. Il appartient à l'auteur de définir le champ des droits d'utilisation de manière explicite. Les licences qui mélangent logiciel et logiciplaire confondant restriction du droit des oeuvres et possibilité d'usage de l'exemplaire peuvent être une des voies ouvertes au prévenu pour démontrer sa bonne foi.

En effet, il serait anormal que le domaine d'applicabilité de l'infraction soit trop dépendant de la qualité rédactionnelle des conventions définissant les droits d'usage en vigueur entre les parties.

Alain BENSOUSSAN
Avocat à la cour

(1) Le terme "logiciplaire" est construit par la contraction du mot logiciel avec le mot exemplaire.

(2) Cass. crim. 2 fév. 1977, Bull. Crim. n° 41, p. 101.

(3) Il peut en être autrement pour les logiciels de création d'oeuvres classiques.

LOI DU 3 JUILLET 1985

Titre V

Art. 45 - Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs.

Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif.

Art. 46 - Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait.

Art. 47 - Par dérogation au 2° de l'article 41 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 précitée, toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur, ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit est passible des sanctions prévues par ladite loi.

Art. 48 - Les droits objets du présent titre s'éteignent à l'expiration d'une période de vingt-cinq années comptées de la date de la création du logiciel.

Art. 49 - Le prix de cession des droits portant sur un logiciel peut être forfaitaire.

Art. 50 - En matière de logiciels, la saisie-contrefaçon est exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance. Le président autorise, s'il y a lieu, la saisie réelle. L'huissier instrumentaire ou le commissaire de police peut être assisté d'un expert désigné par le requérant.

A défaut d'assignation ou de citation dans la quinzaine de saisie, la saisie-contrefaçon est nulle.

En outre, les commissaires de police sont tenus, à la demande de tout auteur d'un logiciel protégé par la présente loi ou de ses ayants droit, d'opérer une saisie-description du logiciel contrefaisant, saisie-description qui peut se concrétiser par une copie.

Art. 51 - Sous réserve des conventions internationales les étrangers jouissent en France des droits reconnus par le présent titre sous la condition que la loi de l'Etat dont ils sont les nationaux, ou sur le territoire duquel ils ont leur domicile, leur siège social ou un établissement effectif, accorde sa protection aux logiciels créés par les nationaux français et par les personnes ayant en France leur domicile ou un établissement effectif.