

doctrines

LA PROTECTION DES LOGICIELS
APRES LA REFORME DU 13 JUILLET 1985

par Alain BENSOUSSAN

Avocat à la Cour - chargé de cours aux Universités de Paris X et Paris VIII

Gaz. Pal. du 13 mai 1986

Le développement exponentiel de l'informatique commandait un cadre juridique permettant de répondre aux attentes des professionnels.

La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, consacre sur le plan légal un ensemble de constructions jurisprudentielles (1).

De l'avènement des droits voisins à la protection des logiciels, nombreuses sont les solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence pour pallier pratiquement l'insuffisance des textes.

La nouvelle loi reprend de très nombreuses options dégagées par les Tribunaux au fil des règlements des litiges, tels que l'assimilation des logiciels à des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées au titre de la propriété littéraire et artistique. D'une manière générale, « cette solution a le mérite de doter ce produit de règles juridiques éprouvées, tant en France qu'à l'étranger, du fait des conventions internationales en matière de droits d'auteurs » (2).

La réforme législative ne se limite pas à un simple mécanisme de protection. La qualification de propriété littéraire et artistique induit des conséquences fiscales, permet l'application de la sécurité sociale des auteurs, dote la commercialisation des logiciels de mécanismes juridiques proche de l'édition traditionnelle. Cette option législative débouche sur un cadre général permettant de baser un véritable statut juridique du logiciel (3).

1. LE CHAMP D'APPLICATION

1.1 Le cadre juridique

La dualité des caractéristiques techniques présentées par le logiciel, permet de justifier les mécanismes de protection propres au monde industriel et les systèmes relatifs aux œuvres de l'esprit.

Du point de vue de la création, un logiciel ne peut être considéré que comme une œuvre de l'esprit. La conception et les modes d'expression des logiciels sont très proches des œuvres

d'architecture, des arts appliqués, des plans et des croquis.

Par contre, l'œuvre logiciel se démarque profondément des œuvres protégées au titre de la propriété littéraire et artistique au niveau des procédures d'utilisation. L'acquisition d'un logiciel s'apparente à une marchandise qui est consommée dans un processus de production industrielle ou de service.

L'introduction d'une protection spécifique visant les logiciels dans le projet LANG, résulte d'une initiative du Sénat.

A la suite de la longue énumération des œuvres visées dans l'art. 3 de la loi du 11 mars 1957, les logiciels ont droit de cité dans les termes suivants :

« Les logiciels selon les modalités définies au titre V de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle » (4).

Les spécificités de l'œuvre logiciel nécessitaient une modification de certaines règles impératives de la loi du 11 mars 1957.

Un titre V dénommé « DES LOGICIELS » fixe les dérogations aux principes des droits d'auteur traditionnels.

Sept articles spéciaux organisent le statut particulier des logiciels, ils concernent :

- la création des employés (art. 45),
- la durée de la protection (art. 58),
- la cession des droits (art. 49),
- les droits d'adaptation (art. 46),
- le droit de copie (art. 47),
- les modalités de saisie-contrefaçon (art. 50),
- le statut des auteurs étrangers (art. 51).

la protection des logiciels conjugue des particularités du droit d'auteur et des aménagements induits par la loi du 3 juillet 1985.

L'interprétation formelle des deux textes commande une protection des logiciels reposant sur :

- la loi de 1957 modifiée par la loi du 3 juillet 1985,
- le titre V « DES LOGICIELS ».

A ce titre, il semble bien que cette protection sera assise sur une combinaison des deux lois dans leur ensemble.

Le statut spécial institué pour les logiciels, comprend trois classes de règles :

- les règles de procédure (saisie particulière et compétence dérogatoire),
- les principes d'ordre supplétif,
- les règles d'ordre public.

1.2 Le logiciel

Selon l'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, un logiciel est un « ensemble de programmes, procédés et règles et éventuellement la documentation relative au fonctionnement d'un ensemble de traitements des données ».

Le logiciel, au sens de la loi du 3 juillet 1985, recouvre un domaine beaucoup plus large. Il vise les programmes spécifiques tels que ceux envisagés dans l'arrêté, les logiciels de base et d'exploitation et les logiciels outils ou d'application. Selon cette optique, le terme logiciel comprend l'ensemble des créations incorporelles.

Ainsi constituent des œuvres de l'esprit notamment, les compilateurs, les interpréteurs, les logiciels comptables ou de paye, les programmes d'application de gestion commerciale ou de conception assistée par ordinateur.

Un logiciel est l'aboutissement d'un ensemble d'opérations composées où l'on peut distinguer deux phases :

- une phase de conception (analyse fonctionnelle et analyse organique),
- une phase de réalisation (programmation).

L'étude et la formalisation des opérations et des fonctions réalisées au moyen du logiciel, constituent les spécificités externes qui sont regroupées dans l'analyse fonctionnelle. Il en est ainsi des principes comptables pour un logiciel de comptabilité, des modes de facturation pour un logiciel de gestion commerciale, des types de forme et de couleur possibles pour un programme de conception assistée par ordinateur. Seconde étape de la phase de conception, l'analyse organique permet de définir les fonctionnalités externes dans le cadre

doctrine

d'un environnement tenant compte des spécificités du matériel et des contraintes issues des systèmes d'exploitation.

Les programmes constituent la forme achevée du logiciel. Au terme de la seconde phase de réalisation, exprimée dans un langage, les différentes spécifications externes pourront être mises en œuvre selon les modalités définies.

Associés à la documentation d'utilisation, les programmes constituent le logiciel.

Au sens de la loi du 11 mars 1957, l'œuvre logiciel ne peut être considérée comme achevée qu'une fois les programmes écrits.

La propriété littéraire et artistique protège les œuvres de l'esprit quelle que soit « la forme d'expression » (art. 2 L. 3 mars 1957).

Les programmes directement intelligibles par l'homme de l'art, écrits dans un langage évolué (programme en code source) et les programmes en langage machine (programme en code objet), sont deux expressions d'une même réalité informatique.

2. LES ŒUVRES INFORMATIQUES

2.1 La notion d'œuvre

Il n'existe aucune définition légale de la notion d'œuvre de l'esprit.

L'acceptation d'une création au rang des œuvres, suppose une personnalisation particulière de la chose créée indépendamment de toute appréciation de genre, de mérite ou de destination. La qualification d'œuvre est possible sans référence à des considérations d'ordre esthétique ou artistique.

Le droit d'auteur ne protège pas l'idée en tant que telle. Seule la forme au sein de laquelle elle se matérialise, est susceptible d'être protégée.

Les idées qui gouvernent un programme, pourront sous-tendre tant les spécifications internes que les fonctionnalités externes.

Cas par cas, il conviendra de rechercher l'empreinte de l'auteur au niveau de chacune des deux formes.

2.2 L'originalité

Il ne suffit pas de créer une œuvre de l'esprit pour être en mesure de réclamer des droits d'auteur.

Il faut que l'œuvre apparaisse originale en la forme.

« La loi du 11 mars 1957 ne protège pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont. » (8)

Le passage de l'inspiration, domaine des idées, à celui de l'expression qui se matérialise dans une forme particulière est le résultat d'un travail intellectuel qui doit être original.

Cette originalité peut apparaître tant dans la phase de conception (spécifications externes) que dans la phase de réalisation (spécifications internes).

Tous les éléments composant l'œuvre n'ont pas à être originaux.

29. Le simple « rapprochement inattendu de divers éléments connus dans une disposition particulière, constitue une création originale rentrant dans le champ d'application de la loi du 11 mars 1957 et est en conséquence susceptible d'appropriation privative. » (9)

L'appréciation de l'originalité est évaluée souverainement par les juges du fond, et n'entre pas dans le champ du contrôle de la Cour de cassation (10).

Eu égard à la nature technique du logiciel, la recherche de l'originalité commandera de très longues et minutieuses expertises judiciaires en cas de contentieux.

De telles missions ont pour objet de rechercher tous les éléments techniques permettant d'identifier les similitudes et de dire si elles « sont explicables ou non par des raisons techniques étrangères à la seule conception intellectuelle ou par les contraintes de la seule logique. » (8).

La recherche de l'originalité d'un logiciel nécessite deux études complémentaires portant sur les spécifications internes d'une part, et les fonctionnalités externes d'autre part.

3. LA CREATION D'EMPLOYES

3.1 Les principes

Le terme « employé » utilisé par le législateur pour défendre la création informatique dans une entreprise, présente une certaine ambiguïté.

Dans un sens restreint, il vise uniquement les salariés de l'entreprise.

Par contre et dans un sens extensif, il peut correspondre à toute personne physique à laquelle est confiée une mission de réalisation de logiciel et ce indépendamment du mode de rémunération et du statut économique (salarié ou travailleur indépendant).

Selon l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985, « 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. »

Ce particularisme, dérogoire à la loi du 11 mars 1957 ne peut être interprété que de manière stricte. Seul est visé le logiciel créé.

Lorsque la documentation est réalisée de manière autonome, de l'analyse fonctionnelle au manuel d'utilisation en passant par la documentation d'exploitation et de maintenance, il semble que ces œuvres restent soumises au régime général et qu'à défaut d'œuvre collective, elles appartiennent aux personnes physiques ayant participé à leur création.

Il pourrait toutefois être soutenu que cette interprétation orthodoxe est incompatible avec d'une part la finalité assignée à la réforme et d'autre part aux caractéristiques du logiciel dans la mesure où la documentation apparaît comme un accessoire des programmes.

Cependant, à propos d'une documentation technique constituée à partir de schémas et plans d'usine, la Cour de cassation a mis à néant un arrêt de la Cour d'appel qui avait « refusé la qualité d'œuvre de l'esprit aux dessins et aux montages audiovisuels en retenant que ces travaux ne procédaient nullement de considérations esthétiques ou artistiques mais de considérations purement et uniquement techniques ».

Selon la haute juridiction, un tel considérant violait l'art. 2 de la loi du 11 mars 1957 dont les dispositions « protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. » (9).

En tout état de cause, la documentation constituera dans la majeure partie des cas l'exemple type d'œuvre composite.

3.2 La notion d'employé

En première lecture, les sénateurs avaient envisagé d'aménager les droits des créateurs salariés en posant les principes suivants :

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

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

L'art. 38 *quinquies* devenait :

— « Le logiciel élaboré par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur sauf stipulation contractuelle plus favorable aux employés. »

La lecture des débats parlementaires éclaire la nature et la portée du remaniement en plaçant la logique de ce texte dans la ligne des droits des inventions des salariés (10).

Le texte définitif retient les concepts d'employés et de fonctions dans les termes suivants :

— « 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. » (Art. 45, alinéa 1 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985).

3.3 La notion de fonction

Le régime dérogoire institué pour les œuvres de salarié, fait référence au concept de créations par les employés « dans l'exercice de leurs fonctions ».

doctrine

Il est évident à la lecture des débats parlementaires que la notion de fonction est proche de celle retenue par la loi de 1968 modifiée par la loi de 1978 relative aux inventions de salariés.

La dualité du logiciel (œuvre au niveau de la création, marchandise lors de l'utilisation), ne peut justifier un mélange entre deux régimes de propriété qui se distinguent tant par leur philosophie que par leur mise en œuvre.

La propriété littéraire et artistique privilégie l'auteur à l'œuvre, tandis que le droit des brevets institue des prérogatives particulières au profit de l'invention plutôt que de l'inventeur.

La première propriété confine à des droits personnels tandis que la seconde conjugue des droits réels.

De plus, le droit des salariés en matière de brevet, s'articule autour de fonctions comportant ou non « une mission inventive ».

A l'examen des situations relatives aux modalités pratiques de réalisation des logiciels dans l'entreprise, il semble difficile d'opérer une distinction entre les fonctions « informatiques » et les fonctions « utilisateurs ».

En effet, s'il ne fait aucun doute que les informaticiens affectés au service informatique élaborent les logiciels dans l'exercice de leurs fonctions, il ne paraît pas opportun en l'état de la technique de limiter la dévolution des droits à partir de ce critère fonctionnel.

Avec les logiciels de la quatrième génération, la multiplication des progiciels outils, le développement d'organisation de type infocentre, la création de programmes informatiques tend à être déportée du service informatique vers les centres utilisateurs.

La tendance générale conduit à rapprocher l'écriture des programmes des centres d'utilisation en mettant à la disposition des utilisateurs des macrolangages, des fonctions articulées susceptibles d'être combinées pour former des programmes directement utilisables.

Le logiciel créé est ainsi le résultat de cette double démarche.

3.4 Les droits de l'employeur

La propriété littéraire et artistique s'organise autour de trois niveaux :

- les attributs d'ordre intellectuel et moral,
- les droits patrimoniaux,
- la propriété de l'objet matériel.

L'ensemble constitue un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit peut être démembré selon une nomenclature pré-fixée par la loi.

La réforme prévoit une acquisition globale des droits au profit de l'employeur.

En effet, les modalités spéciales retenues pour aménager le droit moral du salarié ont été supprimées au bénéfice

d'une dévolution de « tous les droits reconnus aux auteurs » (art. 45 *in fine*).

Cette option supprime d'épineux problèmes liés à la combinaison du respect de l'œuvre avec les maintenances bogues et développements.

Dans les projets successifs, le mécanisme d'acquisition des droits a évolué de la conception selon laquelle le logiciel « appartient à l'employeur » à la conception tendant à la dévolution « de tous les droits ». (11).

Le mécanisme de dévolution présuppose que les droits ne naissent pas sur la tête de l'employeur.

Ce dernier n'est investi de tous les droits de propriété littéraire et artistique qu'au terme d'une cession particulière impliquant le transfert d'un partenaire à l'autre.

La dépossession est organisée par le biais d'une cession légale obligatoire en contrepartie de l'exécution par l'employeur de ses obligations liées à l'application du contrat de travail en cause.

Pour limiter les droits moraux dévolus à l'employeur au titre de l'article 45, il faut combiner :

- l'article 6 de la loi du 11 mars 1947 selon lequel :
- « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre.
- l'article 46 de la loi du 3 juillet 1985 précisant :
- « 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 ».

La dévolution implique que l'exercice des droits moraux dont l'auteur salarié était investi, sont exercés par l'employeur. En application de l'article 46, le droit moral propre à l'employeur est « détaché » légalement de sa personne par dérogation à l'article 6 précité.

Il n'en reste pas moins que les attributs de ces droits restent après détachement, perpétuels, inaliénables et imprescriptibles à l'identique de la transmission organisée « à cause de mort aux héritiers de l'auteur » ou par « dispositions testamentaires ».

En ce qui concerne les droits patrimoniaux, la cession emporte tous les attributs de reproduction et de représentation, quels que soient les moyens techniques tels que ceux en vigueur au moment de la dévolution et ceux qui seront mis en œuvre ultérieurement.

3.5 L'organisation des droits

La dévolution s'opère à défaut de stipulations particulières contraires.

Les parties ont la possibilité d'organiser le plus librement la portée de la dévolution.

Le démembrement pourra être opéré en distinguant entre :

- les différents droits (moraux, patrimoniaux et sur l'objet matériel),

- les formes d'utilisation de l'œuvre (par site, en service bureau, unique ou en qualité de sous-ensemble),

- les modes de mise en œuvre (par type d'ordinateur ou de logiciel de base et d'exploitation),

- les évolutions ou modifications (transcription, conversion, traduction).

La généralité des termes permet la négociation d'accords particuliers par entreprise, par secteur ou par branche.

En cas de conflit entre l'employé et les employeurs, le Tribunal de grande instance du siège social de l'employeur est seul compétent (art. 45 alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1985).

4. LES AMENAGEMENTS DU DROIT MORAL

4.1 Le principe

Pour tenir compte de la spécificité du logiciel, le législateur a modifié le contenu du droit moral concernant :

- le respect de l'œuvre,
- le droit de repentir ou de retrait.

Les logiciels nécessitent de nombreuses modifications tenant à leurs modes d'élaboration et d'utilisation.

Or, la correction de bogues ou le maintien des fonctionnalités (internes lors de l'évolution du logiciel de base et d'exploitation ou externes du fait des modifications des besoins ou de la réglementation), implique de nombreuses modifications des programmes.

L'auteur d'une œuvre logiciel aurait pu s'opposer à la modification des programmes sur la base du respect de sa création. L'empreinte de sa personnalité, le degré de perfection ne sont définissables que par l'auteur à l'exclusion de tout autre personne. Une telle prérogative est inconciliable avec un bien qui est voué à être consommé dans un processus de production.

En tout état de cause, l'auteur aurait pu interdire toutes évolutions tant internes qu'externes.

Les utilisateurs de logiciels ne pouvaient que craindre l'avènement d'une telle situation dans la mesure où « l'exercice de son droit moral par l'auteur de l'œuvre originale, revêt un caractère discrétionnaire et l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge ». (12).

Pour pallier cette difficulté et à défaut de stipulation contraire « l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés ». (art. 46 L. du 3 juillet 1985).

4.2 Les deux types d'adaptation.

Le contenu du droit d'adaptation ne peut être que différent de celui propre aux œuvres dérivées.

doctrine

A défaut de précision, l'utilisation sera réduite à une peau de chagrin.

7.2 Les contours

Il est possible de restreindre l'utilisation d'un logiciel en fonction de multiples critères jouant au choix, de manière alternative ou cumulative.

Historiquement, la première restriction courante précisait une mise en œuvre par rapport à une unité centrale.

La majeure partie des contrats de licence prévoyait que l'utilisation accordée est limitée à l'exploitation des programmes sur l'ordinateur de marque XX dont l'unité centrale est identifiée par le n° 0000. »

Avec le développement des logiciels de base et d'exploitation implantables sur une même unité centrale, la restriction primaire a été couplée avec l'identification du logiciel de base. Il n'est pas rare de rencontrer des clauses qui précisent « les programmes doivent être mis en œuvre directement que dans un environnement, logiciels de base et d'exploitation type A version X.Y ». Le terme « directement », a pour vocation d'interdire toute émulations ou tous usages d'outils d'exploitation automatique permettant le passage d'un logiciel de base et d'exploitation à un autre.

L'avènement de l'informatique répar-

tie et l'interconnexion des sites informatiques, ont nécessité pour restreindre les conditions d'utilisation potentielles, l'introduction de référence géographique.

Ainsi, certaines formules contractuelles précisent que l'utilisation est limitée à un établissement donné et à un site particulier.

Enfin, la dernière des restrictions en date est basée sur le concept de destinations potentielles du logiciel.

De manière complémentaire la loi du 3 juillet 1985 limite la protection des logiciels à 25 ans. Par ailleurs, la saisie-contrefaçon pour ce type d'œuvre, fait l'objet de spécifications particulières, prévoyant notamment la saisie description, avec ou sans copie, ainsi que la saisie réelle.

(1) J.O. du 4 juillet 1985, p. 7495.

(2) M. Pierre Brantus, déb. Sénat, séance du 2 avril 1985, J.O. déb. Sénat 3 avril 1985, p. 76.

(3) Du « software » au softright — pour un statut global du logiciel, A. Bertrand, Exp. n° 73, juin 1985, p. 123.

(4) Art. 3 L. n° 57-298 du 11 mars 1957.

(5) Société française de phytothérapie et d'aromathérapie SFPA et autres c. docteur Belaïche et autres : Cass. 1^{er} civ. 8 novembre 1983 (Bull. cass. 1984, n° 260, p. 233).

(6) S.A.R.L. Delta Production c. Gibert et autres : C. Paris (4^e Ch.) 17 mars 1981 (Gaz. Pal. 1981.2, somm. p. 248).

(7) Société cinématographique Lyre c. société Nouvelle de Doublage : Cass. (1^{er} Ch.) 13 décembre 1978 (Bull. cass. 1978, n° 390, p. 304).

(8) Critikon inc c. D. Ramsey, Mira Electronique — Trib. com. Lyon 8 mars 1985, Exp. 75, août — septembre 1985, p. 192.

(9) Casamont et autres : Société d'éditions techniques pour l'automobile et l'industrie et autres : Cass. 1^{er} Ch. 15 avril 1982 (Bull. cass. 1982, n° 132, p. 118).

(10) A. Richard, Déb. Ass. nat., séance du 20 mai 1985, J.O. Ass. nat. 21 mai 1985, p. 846.

(11) Rapport de M. Charles Jolibois *op. cit.* p. 50.

(12) Maddalena et autres c. Raffin et autres : Cass. (1^{er} civ.) 5 juin 1984 (Bull. cass. 1984, n° 184, p. 157).

(13) Voir aussi J.-R. Bonneau « La protection des logiciels (loi n° 85-660 du 3 juillet 1985) » ; B. Van Dorselaere, « La loi sur la protection des logiciels — l'objectif économique a prévalu sur le souci juridique », LMI 23/9.85, n° 203, p. 43 ; S. Bukhari « Une législation pour la protection des logiciels » (Vie jud. 27 mai — 2 juin 1985) ; D. Becour « Commentaire sur le projet de loi relatif aux droits d'auteurs et aux droits voisins » (Gaz. Pal. 29-30 mars 1985, chron. p. 4) ; M. Vivant « Le logiciel au pays des merveilles » (J.C.P. G. I.3208) ; C. Delhay « La protection des programmes d'ordinateurs. Une loi sur les logiciels : pour qui ? » (Les Echos 18 septembre 1985) ; A. Bertrand « Les dispositions législatives sur la protection des logiciels sont-elles en accord avec la Convention de Berne ? », Exp. n° 75, Août - Septembre 1985, p. 183 ; A. Kerherve « Le droit d'auteur protège enfin les créateurs de logiciels Micro-Systèmes », septembre 1985, p. 88 ; J.-R. Bonneau « La protection des logiciels (L. n° 85-660 du 3 juillet 1985) » (Gaz. Pal. 18.19 septembre 1985) ; Michel Vivant « Le logiciel au pays des Merveilles » (J.C.P. 1985.I.3208).

Vient de paraître :

accidents de la circulation (1)

Commentaire de la loi du 5 juillet 1985

Domage corporel : données statistiques

(jurisprudence des Cours et Tribunaux et pour la première fois, des transactions)

par **Henri MARGEAT,**
Michel EHRENFELD,
James LANDEL,
Christophe MARCHAND,
Jean-Marc MICHEL,
Jean PECHINOT

Brochure de 136 pages — en vente à nos bureaux : **120 F.** — Prix franco : **130 F.**

(1) V. Gaz. Pal. 1^{er} octobre p. 2 et 5 novembre, p. 18.

Vient de paraître :

Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985

par M. le professeur **CHABAS**

Un ouvrage de 256 pages — en vente à LITEC, 27, place Dauphine, 75001 Paris — Prix : **165 F.** — Franco : **180 F.**

(1) Co-édition LITEC. — Gaz. Pal.