

Logiciels

CHAPITRE 1

Le logiciel doit être non seulement protégé des concurrents mais également des utilisateurs tentés de le contrefaire, ce qui n'a rien d'anecdotique si l'on retient un taux de piratage proche de 50 % en Europe. La voie d'une protection spécifique, à l'instar des semi-conducteurs, avait été envisagée en 1977 par l'OMPI puis finalement écartée. Les logiciels sont des créations donnant prise au droit d'auteur mais leur brevetabilité continue d'être discutée en dépit de l'interdiction de principe contournée par la pratique.

Le Code de la propriété intellectuelle ne définit pas le logiciel. Un arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement de la langue française comprend les logiciels comme « *l'ensemble des programmes, procédés et règles ainsi que la documentation qui leur est éventuellement associée, relatifs au fonctionnement d'un matériel de traitement de l'information* ».

Le terme « logiciel » employé par la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur est plus large que celui de programme qui n'en est qu'un élément.

Il désigne ainsi l'ensemble des composants immatériels utilisés par un ordinateur ou une machine :

- le système d'exploitation (Windows, MAC OS, Linux...);
- les applicatifs ou utilitaires qui font exécuter par l'ordinateur une ou plusieurs tâches déterminées (CAO, PAO, traitement de texte, tableur, traducteur...);
- le *firmware* intégré dans les circuits imprimés d'un matériel qui témoigne de l'imbrication du logiciel et du matériel.

Il convient de distinguer logiciel et progiciel :

- le **logiciel** (ou logiciel spécifique) est réalisé sur la base d'un cahier des charges aux fins de répondre aux besoins déterminés par l'utilisateur ;

- le *progiciel* est un ensemble complet et documenté de programmes conçus pour être fournis à plusieurs utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction, étant précisé qu'ils peuvent être paramétrés en fonction des besoins de l'utilisateur.

1 La question de la brevetabilité du logiciel

■ Principe de l'exclusion de la protection par le brevet

L'article 52 de la Convention de Munich sur la délivrance de brevet européen (CBE) du 5 octobre 1973, transposé par l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, a exclu les programmes d'ordinateur « en tant que tels » de la brevetabilité :

« Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : [...] les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ».

Cette exemption répond au motif qu'un logiciel « en tant que tel » n'appartient pas à un domaine technique et, par conséquent, ne relève pas de la protection du droit des brevets.

Un projet de directive du 20 février 2002 sur « la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur » prévoyait une brevetabilité possible des inventions dont la mise en œuvre implique l'usage d'un programme informatique d'une part, et qui contribuent à « l'état de la technique », d'autre part. Les inventions concernées étaient celles « dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autres appareils programmables et présentant une ou plusieurs caractéristiques [...] qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateur », ce qui excluait les méthodes économiques (*business methods*).

À l'origine d'un vif débat, ce projet très controversé a été finalement rejeté. Cette question, depuis en sommeil, est réapparue à l'OEB. Sa présidente a soumis fin 2008 à la Grande chambre des recours, sa juridiction suprême, une question de droit relative aux inventions mises en œuvre par ordinateur.

Le point aux États-Unis

Les États-Unis acceptent de breveter un logiciel en l'absence d'exclusion légale.

Le Patent Act (35 USC) § 101 « Inventions brevetables » prévoit que quiconque invente ou découvre un processus, une machine, une fabrication ou une composition d'éléments nouveaux et utiles, ou une amélioration nouvelle et utile de ces éléments, peut obtenir un brevet. Une

invention est donc brevetable si elle est nouvelle, utile et correspond à l'un des éléments énumérés au paragraphe 101. Selon la Cour suprême, un algorithme est brevetable dès lors qu'il est mis en œuvre dans une application industrielle spécifique (Diamond v. Dierh, 450 U. S., 1981). Par ailleurs, une interprétation conciliante du « caractère technique » a conduit à breveter des méthodes commerciales couramment utilisées sur Internet comme le brevet dit « *one clic purchase* » (achat d'un seul clic) d'Amazon.com.

■ **Le contournement du principe**

Le rejet du projet de directive a pu surprendre dès lors qu'il visait à avaliser les pratiques des déposants qui contreviennent aux textes applicables.

a) Les pratiques

Au plan national, l'INPI examine un millier de demandes par an incluant des logiciels, et délivre depuis plus de trente ans des brevets de logiciels. Mais la délivrance d'un brevet par l'INPI ne garantit pas sa validité. L'appréciation de l'INPI ne porte pas sur l'apport inventif et se limite au rejet des demandes étrangères au brevet d'invention. Si l'INPI prend acte de la demande, seul le juge judiciaire peut se prononcer sur la validité du droit.

L'interdiction de principe posée par la CBE et affirmée avec vigueur en 1975 par la Cour de cassation dans l'affaire « Mobil Oil » (Cass. com., 28 mai 1975) est largement contournée par les praticiens et l'OEB. En effet, le dépôt de brevet incluant un logiciel, mais ne se limitant pas à ce seul logiciel « en tant que tel », est devenu courant de longue date. C'est ainsi qu'au fil des ans, plus de 20 000 brevets sur des inventions mettant en œuvre des logiciels ont été accordés par l'OEB.

D'un point de vue pratique, le principal moyen utilisé consiste, lors du dépôt, à éviter les termes « logiciel » et « information ». Il s'agit de rédiger le brevet pour couvrir, suivant les cas, un procédé dont le logiciel sera alors présenté comme constituant simplement une étape en mettant en évidence la partie matérielle et les connexions physiques.

b) La jurisprudence de l'OEB

La jurisprudence de l'OEB témoigne avec constance de la volonté d'ouvrir la protection du logiciel par le brevet :

« Une invention qui serait brevetable au regard des critères classiques de brevetabilité ne doit pas être exclue de la protection du simple fait que des moyens techniques modernes tels un programme d'ordinateur sont employés pour sa réalisation » (Aff. T 208/84, Vicom, 15 juillet 1986).

L'OEB a finalement retenu le critère de « *l'effet technique supplémentaire* » susceptible d'aller « *au-delà des interactions physiques normales existant entre le programme (logiciel) et l'ordinateur (matériel) sur lequel il fonctionne* » (Aff. T 1173/97, Computer program product c. IBM, 1^{er} juillet 1998 et T 935/97, Computer program product II c. IBM, 4 février 1999). Les inventions mises en œuvre par ordinateur présentant des caractéristiques techniques doivent donc aller au-delà de la simple interaction normale entre un programme et un ordinateur, et apporter de façon autonome des particularités techniques propres excluant le simple traitement d'information.

La Chambre de recours technique de l'OEB indique ainsi dans l'affaire Vicom « *qu'une revendication portant sur un procédé technique réalisé sous la commande d'un programme [que celui-ci soit mis en œuvre au moyen de matériel ou d'un logiciel] peut être admissible car c'est pour l'application du programme qui détermine la succession des étapes du procédé que la protection est en fait recherchée* ».

L'OEB maintient la distinction entre le logiciel dit « brut », qui ne saurait être brevetable, et celui intégré à un ensemble. La dernière étape de la jurisprudence de l'OEB consiste à admettre la brevetabilité dès lors que « le caractère technique » est constaté. Cette exigence s'entend de l'effet technique de l'invention ou la solution qu'elle apporte à un problème technique.

Les supports mémoire

Les éléments incorporels imbriqués dans les supports mémoire conduisent à s'interroger sur leur brevetabilité.

La Cour d'appel de Paris a considéré que :

« si l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle interdit que les informations obtenues par "décompilation" d'un logiciel soient utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel similaire, cette interdiction vise à l'évidence les logiciels en tant que tels et non pas lorsqu'ils ne sont que l'accessoire d'un élément plus complexe et que la commercialisation porte sur un modèle de disquette compatible avec un lecteur » (CA Paris, 12 décembre 1997).

Le logiciel qui permet au support mémoire de fonctionner est sujet au brevet dès lors qu'il est considéré comme l'accessoire indissociable d'un mécanisme technique.

2 Protection du logiciel par un droit d'auteur spécial

La protection du logiciel par le droit d'auteur a été adoptée par la jurisprudence puis par la loi du 3 mai 1985, qui l'a élevé au rang d'œuvre de l'esprit et ajouté à la liste des créations protégées par la loi du 11 mars 1957.

C'est un droit d'auteur aménagé dont le statut est régi par un titre spécifique du Code de la propriété intellectuelle établissant un compromis entre les divers intérêts en présence.

La loi du 10 mai 1994 qui transpose la directive du 14 mai 1991, adoptée en vue d'harmoniser la protection des États membres, n'a pas modifié en profondeur les fondements de la loi du 3 juillet 1985.

Les traités OMPI du 20 décembre 1996 et les accords dits « ADPIC » renvoient au statut des œuvres littéraires de la convention de Berne, ce qui n'est pas véritablement le cas.

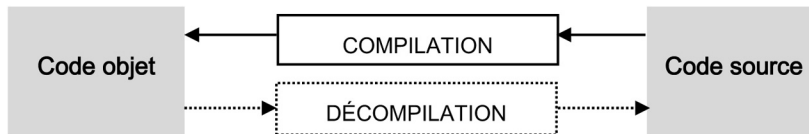
Loi interne	Directive communautaire	Traité international
–	–	Article 2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 modifiée dernièrement en 1979
Loi du 13 juillet 1985 (abrogée)	–	–
Loi du 10 mai 1994	Directive du 14 mai 1991 remplacée par la Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur	–
–	–	Article 10-1° de l'ADPIC du 15 décembre 1993 annexé à l'accord instituant l'OMC.
–	–	Article 4 du traité du 20 décembre 1996 de l'OMPI.

■ Critères de protection

a) Exigence d'une création de forme

La loi dit du logiciel qu'il est une « œuvre de l'esprit ». Elle implique une création et une réalisation formelle ce qui exclut les idées, les principes et méthodes (arborescence, méthode multicritère, hypertexte).

La protection est acquise sans distinction aux lignes d'instruction du code source (suite d'instructions formulées dans un langage de programmation compréhensible par les informaticiens mais inexécutable par la machine) et du code objet (série d'instructions sous forme de chiffres directement exécutable par la machine grâce à une opération de « compilation »). L'opération de compilation permet de traduire le code source en code objet compréhensible par la machine. Les lignes de codes sont protégeables aussi bien que les formes exécutées grâce aux instructions (art. 10.1 de l'ADPIC du 15 décembre 1993) dès lors qu'elles se distinguent de simples données.



b) Indifférence de certains éléments

Selon la théorie de « l'unité de l'art », la finalité de l'œuvre est indifférente, ce qui conduit à protéger aussi bien les œuvres d'art pur que les œuvres utilitaires comme le logiciel (associé ou non à la machine) ou les applications (utilitaires ou ludiques).

Aussi, les éléments suivants sont indifférents pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur :

- distinction entre logiciel et progiciel ;
- finalité (ce qui conduit à protéger des virus), support et langage ;
- destination de l'œuvre ;
- performance du programme, *i.e.* la capacité à remplir sa fonction ;
- mérite de l'œuvre.

Pour autant, la recherche de l'originalité chez les juges dénote un glissement vers la considération du mérite.

c) Exigence d'originalité

L'exigence d'originalité n'apparaît pas expressément dans le Code de la propriété intellectuelle (à l'exception de l'article L. 112-4 relatif au titre de l'œuvre). Ce sont la jurisprudence et la doctrine qui l'ont étendu à l'ensemble des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur.

L'article 1 alinéa 3 de la directive communautaire conditionne la protection du programme d'ordinateur à son originalité, ce qu'elle comprend comme « *une création intellectuelle propre à son auteur* », i.e. qui ne résulte pas d'une copie.

Selon l'expression consacrée par la jurisprudence, une œuvre originale porte « *l'empreinte de la personnalité* » de son auteur. Mais cette conception subjective présente des difficultés d'application en matière informatique. La Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Pachot* qu'un logiciel original porte la marque « *de l'apport intellectuel* » de son auteur (Cass. Ass. plén., 7 mars 1986) et enjoint les juges du fond de chercher au cas par cas si l'auteur « *a fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* ».

L'« *apport intellectuel* » est, selon le rapporteur, une synthèse entre la nouveauté et l'activité inventive. D'autres jugements et arrêts évoquent également le « *choix créatif* » ou « *l'apport personnel* ».

Un arrêt de la Cour de cassation, reprochant aux premiers juges de n'avoir pas recherché l'« *effort créatif portant l'empreinte de la personnalité* », paraît toutefois amorcer un retour à la notion classique de l'originalité (Cass. crim., 27 mai 2008).

d) Durée de la protection

La durée de protection de droit commun des œuvres de l'esprit s'applique, i.e. 70 ans à compter du décès de l'auteur.

■ **Éléments du processus créatif**

a) Une protection éclatée

La protection des éléments du processus créatif est éclatée entre ce qui relève :

- du droit d'auteur classique, d'une part ;
- du droit d'auteur spécifique au logiciel, d'autre part ;
- et enfin ce qui n'est pas protégé par un droit privatif mais, le cas échéant, par des mécanismes de protection indirects (agissements parasitaires, concurrence déloyale..).

Élément	Fonction	Protection par le droit d'auteur	Protection par un autre droit
Algorithme	« Étude de la résolution de problèmes par la mise en œuvre de suites d'opérations élémentaires selon un processus définit aboutissant à une solution » (Arrêté du 27 juin 1989 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique). Il participe de l'organigramme.	Non, car assimilé par la jurisprudence et la doctrine à des théories mathématiques abstraites relevant des idées non protégeables.	Fréquent recours au droit des brevets sous couvert d'une invention à caractère industriel.
Organigramme	Exprime l'algorithme sur lequel le logiciel est bâti. Prend la forme d'un tableau de présentation d'un processus logique sous une forme directement lisible.	Oui, mais exclut celle des algorithmes contenus dans l'organigramme.	
Cahier des charges	Documents préparatoires à l'élaboration d'un programme élaborés par le client pour décrire les fonctionnalités attendues du programme.	Oui, sous condition d'originalité. Nécessité corrélatrice pour le client de se voir céder les droits.	Protection relevant plutôt du savoir-faire.
Documentation associée au programme	Œuvre connexe au logiciel mais indépendante de celui-ci (manuel d'utilisation, guides divers...).	Oui, sous condition d'originalité. Les documents créés par le salarié dans l'exercice de ses fonctions appartiennent par dérogation à l'employeur.	
Langage de programmation	Si les langues courantes sont insusceptibles d'appropriation et par conséquent de protection, les langages permettant l'interprétation ou la traduction (compilateur, traducteur) sont protégés dès lors qu'ils sont des créations authentiques.	Oui, sous condition d'originalité.	

Matériel de conception préparatoire	Selon la directive du 14 mai 1991 (7 ^e considérant) : « <i>ensemble des travaux de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'il soit de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur</i> ». Comprend les spécifications et les « analyses organiques et fonctionnelles ».	Oui, sous condition d'originalité (cité à l'art. L. 112-2-13 ^o , C. propr. intell.).	
--	---	---	--

b) Protection des fonctionnalités

La fonctionnalité est entendue comme « *la mise en œuvre de la capacité d'un logiciel à effectuer une tâche précise ou obtenir un résultat déterminé* » (CA Versailles, 9 octobre 2003). La jurisprudence assimile généralement la fonctionnalité d'un logiciel à une idée insusceptible de protection par le droit d'auteur (Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005).

La protection au titre du droit d'auteur passe nécessairement par la constatation d'une ressemblance au niveau de la forme ainsi que le rappelle la jurisprudence. Elle est exclue dès lors que la fonctionnalité du logiciel impose et commande le choix de cette même forme. Une protection alternative réside toutefois dans la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005). Par conséquent, seule la reprise des instructions et de leur architecture peut être condamnée au titre de la contrefaçon, non l'identité des fonctions.

Le « look and feel »

Le « look and feel » (littéralement l'aspect et la façon dont la création est perçue) entretient un lien évident la protection des interfaces et marque une proximité avec les fonctionnalités.

Si la protection du « look and feel » a été reconnue aux États-Unis dans un premier temps, les juges ont rebroussé chemin au motif que la structure des menus d'un logiciel constitue un mode opératoire non susceptible d'être protégé par le copyright (Lotus Dev. Corp. v. Borland Int Inc., united States Court of Appeal Massachusetts, 9 mars 1995).

■ Prerogatives du titulaire des droits

a) Les droits patrimoniaux

1) Mise à disposition traditionnelle

L'article L. 122-6 du Code de la propriété intellectuelle énumère les droits patrimoniaux sur le logiciel. Toutes les prerogatives du droit d'auteur non expressément écartées sont conservées dans la mesure où elles sont applicables.

Droits	Description
Dérivés	Concernent la transformation du programme (traduction, arrangements, adaptation/localisation). Le droit d'adaptation est reconnu à l'utilisateur « légitime ».
De distribution	Ce droit reconnu par l'article L. 122-6-3° du Code de la propriété intellectuelle réserve au titulaire des droits sur le logiciel « <i>la mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé</i> ». Il permet ainsi de contrôler des modalités de commercialisation du logiciel et les usages des acquéreurs ou détenteurs. Limite : la règle de l'épuisement des droits. Le droit de mise sur le marché est épuisé dès la première vente d'un support (non de l'œuvre elle-même) dans un pays de l'UE, à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire (art. L. 122-6 3°, C. propr. intell.). L'éditeur de logiciel ne peut ainsi imposer aux distributeurs des conditions de commercialisation sur le fondement de son droit d'auteur. Cette règle ne bénéficie pas au licencié (CA Paris, 27 sept. 1997).