

E.N.S.S.I.B
ECOLE NATIONALE SUPERIEURE
DES SCIENCES DE L'INFORMATION
ET DES BIBLIOTHEQUES

DPSSIB
Diplôme Professionnel Supérieur en Sciences de l'Information et
des Bibliothèques

Rapport de recherche bibliographique

LE REGIME JURIDIQUE DU LOGICIEL

présenté par:

KONE MAMADOU

sous la direction de :

Mme Michèle Faivre

Responsable des relations extérieures
17-21, boulevard du 11 novembre 1918
69623 Villeurbanne Cedex

1996/1997



E.N.S.S.I.B
ECOLE NATIONALE SUPERIEURE
DES SCIENCES DE L'INFORMATION
ET DES BIBLIOTHEQUES

DPSSIB
Diplôme Professionnel Supérieur en Sciences de l'Information et
des Bibliothèques

Rapport de recherche bibliographique

LE REGIME JURIDIQUE DU LOGICIEL

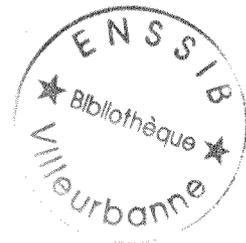
présenté par:

KONE MAMADOU

sous la direction de :

Mme Michèle Falvre

Responsable des relations extérieures
17-21, boulevard du 11 novembre 1918
69623 Villeurbanne Cedex



1997
DPS
BIB
03

1996/1997

INTRODUCTION	1
I METHODOLOGIE	2
1.1 La sélection des mot-clés	2
1.2 La recherche dans l'OPAC de l'ENSSIB	2
1.3 Première approche du sujet et sélection de nouveaux mots-clés	2
1.4 Recherche par mots du titre et du sujet (mode expert)	3
1.5 Recherche par sujet (mode expert)	4
1.6 La recherche sur le CD-ROM BNF	5
1.7 La recherche dans le CD-ROM ELECTRE	6
1.8 Les bibliographies cachées et les bibliographies de fin d'ouvrages	7
1.9 La localisation des périodiques	7
1.10 L'accès aux documents primaires	8
1.11 La recherche sur le CD-ROM Lexilaser	8
1.12 Conclusion	8
II. SYNTHÈSE	10
Introduction	10
2.1 Evolution de la législation relative à la protection juridique du logiciel	11
2.1.1 La loi n° 57298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique	11
2.1.2 La loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteurs et aux droits des artistes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des interprètes de communication audiovisuelle	11
2.1.3 La loi n°92-537 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle	12
2.1.4 La loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle	12
2.1.5 La loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en oeuvre de la directive du Conseil des communautés européennes	13
2.1.6 Le décret n° 96-103 du 2 Février 1996 pris pour l'application de la loi n°94-361 du 10 mai 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle	14
2.2 Le Droit d'auteur : principal mode de protection	14
2.2.1 Le Droit moral	15
2.2.2 Le Droit patrimonial	16
2.3 Les autres modes de protection	17
2.3.1 La protection par le brevet	17
2.3.2 Les dessins et modèles	17
2.3.3 Les marques	17
2.3.4 Le savoir-faire	18
2.4 Les protections périphériques	
2.4.1 Le dépôt privé	18

2.4.2	La responsabilité		18
2.4.3	L'information des utilisateurs		19
2.4.4	Les protections physiques et logiques		19
2.4.5	L'assurance		19
2.4.6	Les associations de lutte antipiratage		19
2.5	Les droits des utilisateurs de logiciels		19
2.5.1	La copie de sauvegarde		20
2.5.2	Le droit d'analyser le logiciel et le droit à la décompilation ou le reverse engineering		20
2.6	Les délits portant sur le logiciel		20
2.7	Les sanctions		21
2.8	Les contrats d'exploitation du logiciel		22
2.9	Conclusion		23
BIBLIOGRAPHIE			24
	Articles de périodiques		24
	Textes de lois		25
	Ouvrages		25
	Quelques décisions de justice		26

Introduction

Si l'usage de l'informatique et de son corollaire le logiciel se généralise de plus en plus, bien des usagers de cette technologie ignorent parfois les obligations ou les règles juridiques qui régissent l'utilisation du logiciel. Pascal JOLY (1990, p. 89) souligne à juste titre que le piratage de logiciels est dû de plus en plus aux utilisateurs finaux du fait, entre autres, de la « faible prise de conscience, de leur part, que le piratage est une activité répréhensible et qui peut entraîner, en ce qui les concerne, de graves conséquences au plan civil et au plan pénal ».

L'objet de cette note de synthèse est donc de présenter à travers une recherche bibliographique la plus complète possible, les règles juridiques qui régissent le logiciel, notamment dans ses rapports avec ses différents utilisateurs.

L'expression « articles à partir de 1985 » dans le libellé du sujet traduit la volonté de la commanditaire de ce travail, de considérer le sujet dans son évolution, sa dialectique afin d'en saisir les fluctuations et les faits saillants.

Toutefois, tout en appréhendant le sujet dans son évolution, l'accent portera plus particulièrement sur son actualité, c'est-à-dire les données juridiques les plus récentes qui caractérisent le sujet.

Résumé

La protection juridique du logiciel est principalement régie par le droit d'auteur, cependant, le logiciel bénéficie aussi d'autres modes de protection indirects, mais non moins importants. A travers l'examen de l'évolution de la législation relative à la protection du logiciel, ce document présente les droits respectifs des auteurs et des utilisateurs ainsi que les sanctions susceptibles d'être appliquées à l'encontre des auteurs des actes portant atteinte aux droits des auteurs de logiciels.

Descripteurs

Droit auteur, Logiciel, Contrat, Informatique, France, Union européenne

Abstract

Software protection is principally concerned with copyright. However, there are some more ways software can be even indirectly protected. Through the analysis of software protection legislation development, this report presents both software authors' and the users' rights. This report deals also with the punishments applicable against those who make offence on software authors' rights.

Keywords

Copyright, Software, Contract, Computer science, France, European union

I METHODOLOGIE

1.1 La sélection des mot-clés

La première étape de mon travail a consisté à analyser le sujet afin d'en extraire les mots-clés qui devaient me servir pour la recherche documentaire. Cette analyse m'a permis de sélectionner les mots-clés suivants :

- droit;
- logiciel;
- informatique.

1.2 La recherche dans l'OPAC de l'ENSSIB

Avec les mots-clés sélectionnés, j'ai effectué la recherche dans le catalogue de l'ENSSIB en utilisant l'option *recherche par mots du titre et du sujet*. Les équations suivantes ont été utilisées :

a) Droit et Logiciel ; cette équation m'a permis d'obtenir 6 références bibliographiques toutes pertinentes.

b) Droit et informatique; cette équation a abouti à 43 références. De ces 43 références, 20 se sont révélées pertinentes, dont 5 avaient déjà été trouvées à l'équation « a ». J'ai donc obtenu grâce à cette deuxième équation, 15 références nouvelles. La même équation utilisée dans l'option *recherche par sujet* n'a permis d'obtenir que 21 références dont 10 pertinentes. A noter que 9 de ces 10 références avaient aussi été trouvées dans l'option *recherche par mots du titre et du sujet*.

1.3 Première approche du sujet et sélection de nouveaux mots-clés

La consultation des documents dont je venais d'avoir les références m'a permis d'apprécier la pertinence de chacune des équations utilisées, d'une part; et d'« entrer » dans le sujet d'autre part.

En ce qui concerne les équations utilisées par exemple, celle qui associait les mots-clés *droit* et *logiciel* s'est avérée la plus pertinente par l'absence de bruit qui en résultait, mais elle était en même temps plus restrictive quant au nombre de références obtenues.

Cependant la deuxième équation bien qu'elle introduisait du bruit, a permis aussi d'obtenir de nombreuses références intéressantes qui n'avaient pas été obtenues à la première équation.

Grâce à ces premières lectures, j'ai pu enrichir mes mots-clés avec d'autres termes comme : « droit d'auteur », « législation », « copyright ». Désormais, je disposais donc de la liste des mots-clés suivants pour mes recherches futures :

- *droit*;
- *logiciel*;
- *informatique*;
- *droit d'auteur*;
- *copyright*;

- législation.

Ayant enrichi la liste de mes mots-clés, et dans un souci d'exhaustivité, j'ai entrepris une nouvelle recherche toujours dans le catalogue de l'ENSSIB en faisant intervenir mes nouveaux mots-clés et en utilisant parallèlement les options *recherche par mots du titre et du sujet* et *recherche par mots du sujet*. A titre de comparaison, les tableaux ci-dessous montrent les résultats obtenus à travers chaque option.

1.4 Recherche par mots du titre et du sujet (mode expert)

	Total réponse	Rép. pertinentes	% bruit
Droit	340		
Logiciel	171		
Droit <i>et</i> Logiciel	7	7	0%

	Total réponses	Rép. pertinentes	% bruit
Droit	340		
Informatique	630		
Droit <i>et</i> informatique	43	23	47%

	Total réponses	Rép. pertinente	% bruit
Copyright	28		
Informatique	630		
Copyright <i>et</i> Informatiq	2	2	0%

	Total réponse	Rép. pertinente	% bruit
Droit d'auteur	111		
Logiciel	171		
Droit d'auteur <i>et</i> Logiciel	3	3	0%

	Total réponses	Rép. pertinente	% bruit
Protection	40		
Logiciel	171		
Protection <i>et</i> Logiciel	4	4	0%

	Total réponses	Rép. pertinente	% bruit
Législation	73		
Informatique	630		
Législation <i>et</i> Informatique	8	6	25%

1.5 Recherche par sujet (mode expert)

Les résultats obtenus à partir de cette option se présentent de la manière suivante :

Droit		1
Droit		104
Droit sujet		19
Droit mot-clé		5
Droit d'auteur	mot-clé	5
Droit d'auteur	sujet	86
Droit d'auteur et informatique	sujet	6
Droit d'auteur international	sujet	12
Logiciel		1
Logiciel	mot-clé	7
Logiciels		12
Logiciels	sujet	21
Droit et logiciel		4
Droit d'auteur et logiciel	0	0
Copyright et logiciel		0
Informatique		1
Informatique		151
Informatique	mot-clé	23
Informatique	sujet	126
Droit et informatique		21
droit d'auteur et informatique		0
Copyright	sujet	1
Copyright et logiciel		0
Protection		5
Protection		1
Protection et logiciel		0
Législation		61
Législation et informatique		1

Remarque. Les mots sujet suivis du terme « mot-clé » correspondent aux document indexés par le Centre de documentation à partir du Thesaurus Pascal, tandis que ceux suivis du mot « sujet » sont ceux indexés par la bibliothèque à partir du répertoire Rameau. Les mots sujet suivis de rien sont ceux qui figurent en sous vedette. On peut dans ce cas se demander pourquoi certains mots sujet (ex. droit, informatique, protection...) apparaissent deux fois.

1.6 La recherche sur le CD-ROM BNF

Cette recherche avait pour but d'évaluer l'importance de la littérature « monographique » paru sur le sujet, et par ailleurs de tester la pertinence différentes équations déjà mises en oeuvre lors des précédentes recherches.

La recherche a été principalement effectuée par « mots du titre » et par « mots du sujet »

a) recherche par mots du titre :

mt = droit	7340
mt = logiciel	347
cs = droit et logiciel	3

mt = droit	7340
mt = informatique	2625
cs = droit et informatique	44

mt = logiciel	347
mt = copyright	7
cs = copyright et logiciel	0

mt = droit d'auteur	0
---------------------	---

b) recherche par mots du sujet

ms = droit	11539
ms = logiciel	2087
cs = droit et logiciel	0

ms = droit	11539
ms = informatique	3817
cs = droit et informatique	110

ms = logiciel	2087
ms = copyright	71
cs = copyright et logiciel	0

ms = droit d'auteur	0
---------------------	---

Certaines références trouvées dans BNF avaient déjà été obtenues lors de la recherche dans le catalogue de l'ENSSIB. L'évaluation de la pertinence des documents y relatifs était donc facile. En ce qui concerne les autres documents, je me suis inspiré des mots-clés utilisés par la BNF pour leur indexation pour estimer leur pertinence. Les références contenant les descripteurs droit - informatique , ou droit-logiciel , droit d'auteur-logiciel pouvaient être considérés comme pertinents car les documents qui existaient à l'ENSSIB et qui étaient indexés avec ces mots-clés s'étaient avérés pertinents.

1.7 La recherche dans le CD-ROM ELECTRE

La recherche dans ELECTRE visait à voir d'une part l'importance quantitative de documents existant sur le sujet, mais aussi de voir les publications les plus récentes. Le CD-ROM utilisé est celui de l'année 1995.

L'interrogation par *mots du titre et du sous-titre* avec l'équation « droit et logiciel » a permis d'obtenir 2 références pertinentes datant respectivement de 1990 et de 1994 et ayant déjà été trouvées à l'ENSSIB.

L'utilisation de la même équation pour une recherche par mots du résumé a permis d'obtenir 3 références dont 2 pertinentes. Les deux références pertinentes dataient de 1990 dont une était aussi obtenue à l'étape ci-dessus.

Remarque.

La recherche par *mots du titre et du sous-titre* a donné les résultats suivants :

- a - Le Droit du logiciel / Bernard Schamming...
- b - Le Logiciel et le droit : propriété, protection.../J.F. Forgeron...

Et la recherche par *mots du résumé* a donné les références ci-dessous :

- a - Le Droit du logiciel / Bernard Schamming...
- b - La Protection du logiciel en Europe : Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas / Michel Vivant...
- c - Word 5.5 / Henri Lilen...

Ces deux recherches ont permis de voir les limites de l'une et l'autre option de recherche. En effet en interrogeant par mots du titre et du sous-titre, le résultat obtenu n'a pas permis d'avoir la référence « b » de l'option « recherche par mots du résumé » qui pourtant est bien pertinente. En l'espèce, il existait bien une relation de synonymie entre les mots « droit » et « protection ». D'autre part, la recherche par mot du résumé a entraîné du bruit en sélectionnant la référence « c » qui n'est pas du tout pertinente. Cette référence a été sélectionnée simplement parce que le résumé de ce document comprend les mots « logiciel » et « droit » bien que ce dernier ait un sens tout à fait différent comme le montre le résumé en question ainsi libellé : « Toutes les grandes fonctions du logiciel sont traitées sous une forme concise pour aller droit à l'essentiel »

D'abord, m'a paru anormal que la référence « b » de la « recherche par mots du titre et du sous-titre » n'ait pas été trouvée lors de la recherche « par mots du résumé » étant donné la pertinence du document. L'explication en est que le mot « droit » n'avait pas du tout été utilisé dans le résumé qui avait été fait de ce document. Seul le mot logiciel apparaissait dans ce résumé.

Cette situation permet ainsi de montrer, d'abord, l'importance de croiser plusieurs modes de recherche pour plus d'exhaustivité; mais aussi d'avoir conscience des problèmes de bruit ou même de silence que peuvent entraîner certains modes de recherche; enfin, cette situation permet de montrer l'importance de la pertinence des mots dans un résumé, notamment dans un système autorisant la recherche par les mots du résumé, ce qui est de plus en plus répandu.

Toujours dans ELECTRE, la recherche par mots du titre et du sous-titre avec l'équation « droit et informatique » a permis d'obtenir 24 références dont 14 étaient pertinentes. Ces 14 références se répartissent chronologiquement de la manière suivante selon leur date d'édition.

1995 : 1 réf.; 1994 : 1 réf.; 1992 : 3 réf.; 1990 : 2 réf.; 1989 : 1 réf.; 1988 : 1 réf.;
1987 : 2 réf.; 1986 : 1 réf.; 1983 : 2 réf.

Après ce tour d'horizon, j'ai axé ma recherche sur les documents les plus récents (1995 et 1996). Pour ce faire, le CD-ROM n'était pas très approprié. J'ai donc cherché dans les suppléments "Livres du mois" où j'ai pu recenser une seule référence concernant mon sujet dans Livres du mois de Janvier 96.

1.8 Les bibliographies cachées et les bibliographies de fin d'ouvrages

Elles ont été une source très importante pour l'enrichissement de ma bibliographie. Elles m'ont permis d'obtenir des références bibliographiques non seulement sur la doctrine, mais aussi sur la jurisprudence et la loi ainsi que des titres de périodiques spécialisés. C'est aussi grâce à elles que j'ai pu obtenir les références précises d'un document que m'avait suggéré la commanditaire de ce travail, document qui s'est avéré très utile pour mon sujet. C'est le « Lamy droit de l'informatique et des télécommunications ».

1.9 La localisation des périodiques

Grâce aux bibliographies de fin d'ouvrages, j'avais constitué une liste de 16 périodiques spécialisés ci-dessous :

- 1 - Bulletin d'actualité Lamy (G)
- 2 - Bulletin du droit d'auteur
- 3 - Cahiers du droit d'auteur
- 4 - Cahiers Lamy
- 5 - Chronique du droit de l'informatique
- 6 - Dalloz (Recueil)
- 7 - Droit de l'informatique
- 8 - Droit de l'informatique et des télécommunications
- 9 - Expertises
- 10 - Gazette des Palais
- 11 - Petites Affiches
- 12 - Revue Internationale du Droit d'Auteur
- 13 - Revue trimestrielle du droit européen
- 14 - Semaine juridique éditions Entreprise
- 15 - Semaine juridique éditions Générale
- 16 - Semaine sociale Lamy.

De ces 16 titres, 16 ont pu être localisés à la « BU Droit et Gestion » tandis que 2 étaient présentés comme « morts », les n° 3 et 7 de la liste ci-dessus. Mais 2 titres

(Cahiers Lamy et Chronique du droit de l'informatique) étaient introuvables dans Myriade.

Les articles de périodiques inaccessibles sur place ont été obtenus grâce au PEB (Prêt entre bibliothèques).

1.10 L'accès aux documents primaires

Après la première recherche effectuée à l'ENSSIB et après la consultation des documents qui ont permis d'enrichir considérablement ma bibliographie, il était nécessaire de m'orienter vers une bibliothèque spécialisée en Droit. A ce sujet il faut dire que la visite de la « BU Droit et Gestion » organisée dans le cadre de l'UV " Bibliothèque spécialisée et ses fonctions", m'a permis de savoir tout de suite vers quelle bibliothèque me diriger, d'autant plus que lors de cette visite, j'avais obtenu un prospectus présentant une importante liste de base de données sur CD-ROM consultables dans cette bibliothèque. C'est ainsi que j'ai pu repérer les CD-ROM intéressant pour mon sujet.

1.11 La recherche sur le CD-ROM Lexilaser

Ce CD-ROM reproduit le texte intégral de tous les arrêts publiés et inédits de la Cour de cassation depuis janvier 1984 : Assemblée plénière, Chambres civiles, Chambre commerciale, Chambre social, Chambre criminelle.

Si pour les recherches antérieures l'emploi du mot-clé « droit » dans les équations était nécessaire et tout indiqué, pour la recherche dans Lexilaser, ce mot-clé n'était pas nécessaire parce que cette base de données est spécialisé en droit et que l'usage du mot-clé droit comme critère de recherche entraîne un temps de recherche très long. On peut en effet imaginé que ce mot est contenu dans l'ensemble des arrêts que compte cette base.

La recherche dans ce CD-ROM a permis d'obtenir des arrêts rendus par la Cour de cassation sur des litiges portant sur le logiciel. Ces arrêts sont très illustratifs des problèmes qui peuvent naître entre les auteurs de logiciels et les utilisateurs.

1.12 Conclusion

L'interrogation d'un catalogue ou d'une base de données informatisés me paraît créer automatiquement chez l'utilisateur une représentation, ou la construction d'une logique du fonctionnement du système interrogé. Il est donc important que cette image soit, du point de vue ergonomique, le plus près possible de la logique réel du fonctionnement du système interrogé.

Pour une recherche bibliographique efficace, il parait important de croiser plusieurs options de recherche pour plus d'exhaustivité car les différentes options ne permettent pas toujours d'avoir les mêmes résultats. Certaines références trouvées

par telle option, peuvent ne pas être trouvées par telle autre même en utilisant exactement les mêmes termes pour la recherche.

On peut remarquer que dans ma recherche bibliographique, je n'ai pas utilisé les bases de données en ligne, et ceci pour la raison suivante : les premiers documents que j'avais consultés étaient suffisamment complets et suffisamment récents. La recherche en ligne n'était donc pas dans mon cas nécessaire.

II. SYNTHÈSE

Introduction

Le développement de l'informatique qui s'est accompagné d'une réduction importante des coûts d'accès aux équipements informatiques et d'une augmentation des capacités des ordinateurs, a abouti à la pénétration de l'informatique dans les marchés qui lui étaient étrangers jusque-là ; le monde des P.M.E., les particuliers...

Cette évolution a ainsi contribué de manière importante à l'émergence d'un marché des logiciels, qui sous la forme de logiciels standards (ou progiciels) s'est révélé indispensable pour répondre à des besoins de plus en plus variés à mesure que les utilisateurs de l'informatique se multipliaient et se diversifiaient.

L'une des conséquences de ce phénomène réside aujourd'hui dans le fait que le software (les programmes ou les logiciels) a acquis une importance relative plus grande que le hardware (les matériels et les équipements informatiques), et cela tant du point de vue technique, dans le cadre des prestations informatiques, que du point de vue économique en matière de coût et de valeur ajoutée des équipements et services informatiques.

Ainsi, alors même que la conception de logiciels et leur commercialisation s'érigeaient en activités autonomes pour répondre aux besoins d'un marché nouveau, les professionnels de ce secteur se trouvaient et se trouvent encore confrontés au problème du piratage des logiciels. Ce piratage représente ainsi non seulement le pillage d'un investissement réalisé par autrui, mais déstabilise aussi les circuits de commercialisation des logiciels puisqu'il aboutit à la création d'un véritable marché noir ou parallèle où s'échangent à moindre coût des logiciels copiés. D'après Pascal JOLY (1987), les pertes dues au piratage s'élevaient en 1985 à 19% du chiffre d'affaire du secteur informatique et plus particulièrement en micro-informatique où ce coût équivaut à près de 51% du chiffre d'affaire du secteur informatique.

C'est donc sous la pression des faits que les professionnels de l'informatique, au premier rang desquelles les Sociétés de Services et d'Ingénierie Informatique (SSII), se sont efforcés d'obtenir pour le logiciel un régime juridique qui puisse leur conférer les moyens d'une réponse à cette évolution.

Mais la protection juridique du logiciel a d'abord posé un problème de choix d'un type de protection à cause de la dualité du logiciel qui fait qu'il est à la fois « une création abstraite qui en fait une oeuvre de l'esprit, mais aussi, et concomitamment un procédé opératoire qui permet de faire fonctionner un matériel de traitement de l'information. De ce fait, ce choix se situait entre la protection par l'application du régime de la propriété littéraire et artistique d'une part; et la protection découlant du droit des brevets d'invention » d'autre part. (Bernard SCHAMMING, 1990)

2.1 Evolution de la législation relative à la protection juridique du logiciel

2.1.1 La loi n° 57298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

Loin de répondre à un souci scientifique, le recours à la loi de 1957 fut recherché par certains praticiens, répondant à la sollicitation des entreprises intéressées, comme le moyen de disposer d'une action en contrefaçon pour assurer la protection du logiciel (Lamy Droit de l'informatique..., 1995, n°90, p 64). Et si le recours à la loi de 1957 s'est imposé, c'est parce que "la voie du brevet qui a priori pouvait sembler la plus naturelle s'agissant d'une création technique, avait été fermée au logiciel". En effet, selon B. SCHAMMING, l'exclusion de brevetabilité du logiciel à laquelle s'était résolu le législateur en 1968 (voir loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, art 7) et qui perdure, s'explique avant tout par des considérations de politique industrielle. Il s'agissait alors dans un contexte de domination économique américaine, singulièrement dans le domaine de l'informatique, d'éviter que les Etats-Unis ne consolident cet avantage en matière de software par un système qui leur assurerait un monopole d'exploitation et placerait ainsi la recherche française sous la dépendance des brevets américains.

Mais l'exclusion de la brevetabilité du logiciel a été motivée aussi par des raisons pratiques en ce qu'il aurait été quasi impossible pour l'examineur des brevets, de déterminer les différences entre des logiciels voisins, de sorte que le critère de « non évidence au regard d'un homme de l'art » n'aurait vraisemblablement pas pu être utilisé, et par conséquent, la condition d'activité inventive aurait été inapplicable.

En fin de compte, comme le dit B. SCHAMMING, se sont des motifs politiques et pratiques qui ont fait obstacle à la brevetabilité des logiciels plutôt que la logique interne du droit des brevets qui en principe aurait bien pu accueillir le logiciel.

Le recours au droit de la propriété littéraire et artistique apparaît donc comme un biais pour briser le verrou hâtivement posé, qui ferme au logiciel la porte du brevet. Mais il faut dire aussi que le « forcing » américain en faveur du « copyright »⁵ n'est pas étranger à cet état de choses à cause de leur poids économique dans ce domaine.

Toutefois, la protection des logiciels par le droit d'auteur n'a pas écarté d'autres modes de protection comme nous le verrons plus loin.

2.1.2 La loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteurs et aux droits des artistes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des interprètes de communication audiovisuelle

Cette loi est venue en fait entériner une situation déjà favorable au droit de la propriété littéraire et artistique comme mode de protection du logiciel. Ici, la jurisprudence a précédé la loi notamment à travers trois décisions qui ont ouvert cette voie.

- TGI (Tribunal de Grande Instance) Bobigny, 11 déc. 1978, Dossiers brevet 1982, VI, p. 1;
- T. com. Paris, 18 nov. 1980;

- C. A Paris, 4^e ch., 2 nov. 1982.

La loi du 3 juillet est venue modifier celle du 11 mars 1957 d'une part en ajoutant le logiciel dans la liste des « oeuvres de l'esprit » (art 3); et d'autre part en consacrant son titre V aux logiciels : « *dans le même article (c'est-à-dire l'art. 3) après les mots « de lithographie » ; sont insérées les mots : « les logiciels » selon les modalités définies au titre V de la; loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits des artistes interprètes[...]* » (art 1^{er}, alinéa 4 de la loi du 3 juillet 1985.

Mais pour B. Schaming, l'insertion dans la loi d'un titre V consacré au logiciel est le résultat d'une précipitation car cette question n'a pas fait l'objet d'une préparation minutieuse et d'une discussion approfondie au Parlement; ce qui fait qu'on aboutit ainsi à un système de protection dans lequel le logiciel relève d'une part du régime général de la propriété littéraire et artistique qui constitue en quelque sorte le droit commun auquel il est soumis ; et d'autre part, d'un régime spécial défini au titre V et qui constitue l'embryon d'un droit spécial au sein de la branche plus vaste du droit d'auteur.

2.1.3 La loi n°92-537 du 1er juillet 1992 relative au Code la propriété intellectuelle

Cette loi est venue codifier les deux précédentes à savoir celle du 11 mars 1957 et celle du 3 juillet 1985. Sa première partie intitulée « La Propriété littéraire et artistique » reprend en effet les dispositions des deux lois précédentes, dans le Cahier Lamy p. 65 n°93 les auteurs la qualifie de loi de simple codification venue mettre en une forme nouvelle les règles adoptées quelques années auparavant.

2.1.4 La loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle

Comme l'indique son intitulé, cette loi est venue modifier certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle, entre autres dans le sens d'un durcissement des sanctions relatives à la contrefaçon, ainsi que l'on eut le voir à travers ces quelques extraits : « *dans le deuxième alinéa de l'art. L.335-2 du Code de la propriété intellectuelle, les mots « d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 6 000F à 120 000F ou de l'une de ces deux peines seulement » sont remplacés par les mots : « deux ans d'emprisonnement et de 1 000 000F d'amende. » (art. 1^{er}). Ou encore, : « sont insérés après l'art. L. 335-8 du Code de la propriété Intellectuelle les art. 335-9 et L. 335-10 ainsi rédigés : « art L. 335-9. - En cas de récidive des infractions définies aux art. L. 335-2 à L. 335-4 ou si le délinquant est ou a été lié par convention avec la partie lésée, les peines encourues sont portées au double. »*

2.1.5 La loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en oeuvre de la directive du Conseil des communautés européennes

Cette loi prise en application de la directive européenne du 14 mai 1991, bouleverse les règles en vigueur, accordant à l'utilisateur des prérogatives étrangères au régime traditionnelle du Droit d'auteur.

Appréhendant le logiciel davantage comme une valeur marchande ou un bien industriel, et non plus comme une création intellectuelle propre à son auteur, la nouvelle loi française dans le droit fil de la directive européenne, innove et s'éloigne encore un peu plus des principes du Droit d'auteur.

Ainsi, l'utilisateur se voit notamment accorder de nouvelles prérogatives tels les droits d'analyser et de décompiler directement issus des travaux européens.

Toutefois, si le consensus sur la nécessité d'une protection juridique du logiciel était indiscutable, la définition de l'objet même de la protection c'est-à-dire le logiciel, était loin d'être univoque pour tous.

L'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) définit le logiciel comme « un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposées sur support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par une machine capable de faire du traitement de l'information » (OMPI, Dispositions types pour la protection des logiciels, adoptées en 1978. art. 1. in : « Le Droit d'auteur », 1978, p. 13 et suivantes).

L'arrêté de 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique le définit comme « l'ensemble des programmes, procédés, et règles et éventuellement de la documentation relatif au fonctionnement d'un ensemble de traitement de l'information ».

Quant à la Commission des communautés européennes, dans le cadre des travaux d'élaboration de la directive, a défini le logiciel comme étant « un ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l'information appelé ordinateur ».

Le tableau ci-dessous³ illustre les apports de la loi du 10 mai 1994 par rapport à la situation préexistante en matière de protection du logiciel.

	Avant 1994	Dès 1994
Conditions de protection	Originalité Pas de dépôt	Idem
Durée	25 ans à compter de la date de la création	50 ans à compter du décès de l'auteur
Objet	Logiciel	Logiciel y compris le matériel de conception préparatoire
Droit Patrimoniaux de l'auteur	1° - Autoriser l'utilisation, tout ce qui n'est pas autorisé étant interdit 2° - Autoriser la copie, sauf copie de sauvegarde 3° - Autoriser l'adaptation si une	1° - Autoriser l'utilisation englobée dans la reproduction 2° - Idem 3° - Autoriser l'adaptation même

³ Forgeron (1994)

	clause contractuelle le prévoit 4° - Autoriser la distribution sans bénéficiaire du droit de retrait, à défaut de clause contraire	sans clause contractuelle 4° - Idem En outre, perte du contrôle de la destination du logiciel après la première vente
Droits de l'utilisateur	1° - utiliser dans le cadre contractuel 2° - Droit de copier à titre de sauvegarde 3° - Droit d'adapter à défaut de clause contraire	1° - Utiliser et corriger des erreurs 2° - Idem 3° - Droit d'adapter si nécessaire à utiliser le logiciel conformément à sa destination et à corriger des erreurs, sauf clause contraire 4° - Droit de modifier sans porter préjudice à l'honneur de l'auteur, sauf clause contraire. 5° - Droit d'analyser 6° - Droit de décompiler à fin d'interopérabilité

Tableau 1 La protection du logiciel par le droit d'auteur avant et après 1994

2.1.6 Le décret n° 96-103 du 2 Février 1996 pris pour l'application de la loi n°94-361 du 10 mai 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle

Ce décret modifie le Code de la propriété intellectuelle en y ajoutant, notamment après les articles R 335-1 (partie réglementaire), un article R 335-2 ainsi rédigé "Toute publicité ou notice d'utilisation relative à un moyen permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel, qui ne comporte pas la mention en caractères apparents que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon, est punie des peines prévues pour les contraventions de troisième catégorie".

De même, les articles 2, 3, 4, et 5 apportent des modifications relatives au nantissement du droit d'exploitation des logiciels.

2.2 Le Droit d'auteur : principal mode de protection

La protection du logiciel par le droit d'auteur est considérée par les auteurs du Lamy droit de l'informatique, 1995, n° 90, p. 64) comme un choix universel du fait que "la plupart des droits aujourd'hui ont fait le choix du droit d'auteur ou de son parent anglo-saxon le copyright, pour le logiciel. Ainsi en est-il par exemple des pays comme les Etats-Unis, l'Australie, le Mexique, l'Allemagne, le Royaume Uni, le Japon etc.

La condition requise pour la protection du logiciel par le droit d'auteur reste l'originalité du logiciel. « Le logiciel se trouve protégé en ce qui concerne sa seule forme originale, qui ne peut être ainsi reprise, faisant l'objet d'une protection privative » (FORGERON, 1994, p. 41)

2.2.1 Le Droit moral

L'auteur d'un logiciel bénéficie du droit moral sur sa création. En matière de droit d'auteur, le droit moral est un droit perpétuel, inaliénable et imprescriptible (art. L. 121-1 du Code de la Propriété Intellectuelle). Ce droit recouvre un ensemble de prérogative notamment :

- le droit de divulgation qui en matière de droit d'auteur traditionnel se traduit par le fait que "l'auteur seul a le droit de divulguer son oeuvre" (art L 121-2 du CPI).

Cependant, en matière de logiciels, la loi du 10 mai 94 limite ce droit de divulgation d'une part en prévoyant, conformément aux règles communautaires, que l'auteur du logiciel perd le droit de contrôler la destination de son logiciel à compter de sa première vente dans le territoire d'un Etat membre de la communauté européenne ou d'un Etat partie à l'espace économique européen, par l'auteur ou avec son consentement. (Art. L. 122-6-3 du CPI)

- le droit de retrait. Dans le droit d'auteur traditionnel, le droit de retrait, aussi appelé droit de repentir se traduit par le fait que l'auteur a le pouvoir de retirer son oeuvre de la circulation sans réserve d'en indemniser l'acquéreur. (Art. L. 121-4 CPI).

En matière de logiciels, l'auteur a perdu son droit de retrait par principe depuis la loi du 3 juillet 1985 qui prévoyait que "sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut[...], ni exercer son droit de repentir ou de retrait", et la loi du 10 mai ne modifie pas cette disposition. Ainsi, le contrat seul pourra permettre à l'auteur de récupérer ce droit moral.

- Le droit au respect de l'oeuvre qui en droit d'auteur traditionnel permet à l'auteur de "jouir du droit au respect de son oeuvre" ce qui lui permet de s'opposer à une dénaturation de celle-ci. (Art L. 121-1 du CPI)

En matière de logiciels, une atteinte au droit au respect de l'oeuvre logiciel avait déjà été introduite par la loi du 3 juillet 1985 au terme de laquelle, "sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés". Mais, depuis 1994, l'auteur ne peut s'opposer à la modification de son oeuvre dans les cas suivants :

- a) si cette modification n'est pas préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur;

- b) à défaut de clauses contraires plus favorables à l'auteur au sein du contrat. (Art. L. 121-7-1 du CPI).

- Le droit à la paternité de l'oeuvre. C'est le droit reconnu à l'auteur de faire figurer son nom sur sa création, l'auteur jouissant du droit au respect de son nom, de sa qualité.

En matière de logiciels, l'auteur conserve ce droit au nom, non visé par la loi du 10 mai 1994, ni par la directive communautaire de 1991.

Ainsi, même en cas de cession total du logiciel à un tiers, l'auteur peut toujours exiger de voir son nom apposé sur les exemplaires du logiciel.

2.2.2 Le Droit patrimonial

Le droit patrimonial ou le droit d'exploitation permet à l'auteur du logiciel d'obtenir une rémunération en contrepartie des droits qu'il va créer.

La loi du 10 mai 1994 définit le droit d'exploiter comme le droit d'effectuer ou d'autoriser dans certaines conditions :

a) le droit d'effectuer ou d'autoriser la reproduction

La reproduction est définie par la loi comme comprenant :

- la reproduction provisoire ou permanente d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen ou toute forme ;
- le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel. (art. L. 122-6-1 du CPI)

b) le droit de représentation

Ni la loi de 1985, ni la directive européenne de 1991, ni encore la loi de 1994 ne définissent la représentation du logiciel.

En matière de droit d'auteur traditionnel, ce droit "consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque. (art L. 122-2-1 du CPI)

c) le droit d'effectuer ou d'autoriser l'adaptation

La loi de 1994 définit le droit d'adaptation comme "la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification du logiciel et la reproduction en résultant". (art L. 122-6-2 du CPI). Mais ce droit est subordonné à l'accord de l'auteur. Néanmoins au sens de l'article L. 122-6-2 du CPI, la modification est autorisée :

- pour utiliser le logiciel conformément à sa destination et corriger des erreurs;
- sauf clause réservant la correction à l'auteur et précisant les modalités de la modification.

D'autre part, au sens de l'article L. 121-7-1 du CPI, la modification est autorisée si elle ne porte pas préjudice à l'honneur et la réputation de l'auteur; ou sauf clause contraire plus favorable à l'auteur.

d) le droit d'effectuer ou d'autoriser la distribution

Le droit de distribution est défini par la loi de 1994 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. (art. L. 122-6-3 du CPI).

A noter que certains pays comme l'Allemagne, le Danemark, les Pays-Bas, l'Italie, le Portugal ou l'Espagne, prévoient expressément le droit de distribution parmi les droits d'auteur au même titre que le droit de reproduction par exemple. Cela signifie que la vente d'un produit auquel est attaché le droit d'auteur nécessite une licence. Mais tel n'est pas le cas des législations belge, française et luxembourgeoise.

2.3 Les autres modes de protection

Le fait que le logiciel soit protégé par le droit d'auteur n'exclut toutefois pas d'autres modes de protection.

2.3.1 La protection par le brevet

Il convient de distinguer la brevetabilité d'un logiciel partie intégrante d'un ensemble technique brevetable, du logiciel isolé.

Dans le premier cas, le logiciel faisant partie d'un procédé industriel brevetable par exemple, pourra bénéficier de la protection par le brevet non pas isolément, mais par l'intermédiaire du procédé dont il fait partie.

Dans le deuxième cas, on peut considérer que le logiciel n'est plus l'accessoire, mais le principal de l'invention. Ainsi, si un programme en combinaison avec un ordinateur fait fonctionner ce dernier d'une manière différente d'un point de vue technique, la combinaison des deux pourrait être susceptible d'être brevetable. (voir JCP (E), 1990, n°15752)

Un certain nombre de brevets de combinaison sont ainsi admis dans le rang des inventions brevetables.

2.3.2 Les dessins et modèles

Ici sont visées les particularités graphiques telles que les icônes, ou d'une manière plus globale, les dessins apparaissant sur certaines pages d'écrans.

L'article L. 511-3-1 du CPI prévoit ainsi que *ces dispositions sont applicables à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs, une physionomie propre et nouvelle.*"

2.3.3 Les marques

La protection par le droit des marques ne porte pas sur le logiciel lui-même, mais plutôt sur sa désignation, à savoir, le nom sur lequel il sera diffusé commercialement.

Ce droit procède donc d'une démarche administrative particulière à savoir le dépôt de la marque à l'INPI (Institut national de la propriété industrielle). "*L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés*" (art. L. 713-1 du CPI).

2.3.4 Le savoir-faire

Le savoir-faire est défini comme de la "*connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public, et non breveté.*" (Mousseron, 1972)

Le Conseil des communautés européennes définit de sa part le savoir-faire comme "*un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes substantielles et identifiées de toute manière appropriée.*" (règlement n° 556/89 du 30 novembre 1988 du CCE, art. 1er paragraphe 7, alinéa 1er, p. 89)

La protection du logiciel par le biais du savoir-faire vise donc à protéger les efforts de recherche et d'investissement consentis par les auteurs de logiciels" car ils ne sont pas protégés par les dispositions du CPI. Or ces éléments informels correspondent incontestablement à des investissements importants de la part des auteurs de logiciels.

Par ailleurs, le logiciel peut bénéficier d'autres types de protection par **le secret de fabrique, le droit pénal ou la concurrence déloyale.**

2.4 Les protections périphériques

2.4.1 Le dépôt privé

Le logiciel bénéficie du régime du droit d'auteur sans qu'aucune formalité de dépôt ne soit obligatoire et cela à la seule condition d'être original. Le dépôt n'est donc que facultatif, mais il peut cependant présenter certains avantages comme :

- de se préconiser la preuve de la création, de donner une date certaine à la création ;
- de prouver sa paternité du logiciel ;
- de posséder un moyen de preuve en cas de contrefaçon.

Peuvent faire l'objet d'un dépôt, tous les documents qui concernent la création du logiciel : les codes sources ou objet, la documentation technique etc., qui pourront être déposées avant la mise au point finale du logiciel.

Le dépôt peut-être effectué à l'INPI au moyen de l'enveloppe soleau dont les modalités pratiques de recours sont régies par l'arrêté du 9 mai 1986, (J. O. juin 1986, p. 7079.)

Le dépôt peut aussi s'effectuer chez un huissier, auprès d'un cabinet de conseil en propriété industrielle; dans une banque; chez un notaire; à la SCAM (Société civile des auteurs multimédia); au CESTA (Centre d'études des systèmes techniques avancés); à LOGITAS (Agence pour la protection des programmes).

2.4.2 La responsabilité

Le mécanisme juridique de la responsabilité civile crée une obligation de réparation à la charge de l'auteur d'une faute, et dans le cas du logiciel, deux situations de faute peuvent se présenter :

- la concurrence agressive qui peut consister à détourner de ses obligations contractuelles le partenaire d'un concurrent afin d'obtenir un logiciel ou des éléments d'information relatifs à un logiciel, ou encore des actes consistant à pénétrer l'entreprise concurrente et ses secrets ;

- la concurrence parasitaire, consistant en des actes par lesquelles une entreprise entend tirer parti d'un travail, du pouvoir créatif ou de la réputation d'une société concurrente.

2.4.3 L'information des utilisateurs

C'est un moyen de protection préventive par lequel l'auteur du logiciel informe l'utilisateur des droits et obligations conférés à ce dernier quant à l'exploitation du logiciel. Ces obligations doivent être indiquées dans un contrat de licence d'exploitation.

2.4.4 Les protections physiques et logiques

Encore appelés "pièges techniques", ces protections consistent en l'apposition, grâce à un algorithme, d'un message identifiant un programme à un client donné, ou encore les verrous, plombage, ou autres dispositifs visant à interdire la reproduction du logiciel, ou encore des dispositifs qui entraînent la destruction des données lors du déplombage ou lors de l'utilisation d'une copie non autorisée.

Mais il faut dire que de tels dispositifs (pièges) faussant le fonctionnement du système informatique, portant atteinte au logiciel ou aux données, peuvent être illicites, voire être considérés comme contraires à l'ordre public. (Lamy informatique - Guide, 1996, p. 121)

2.4.5 L'assurance

Les logiciels peuvent bénéficier de la couverture apportée par les polices d'assurance.

2.4.6 Les associations de lutte antipiratage

Ces associations (nationales ou internationales) contribuent à la diminution de la contrefaçon de logiciels en organisant différentes actions comme par exemple l'information des utilisateurs, actions judiciaires, suivi des statistiques de l'évolution de la contrefaçon, communiqués de presse etc.

2.5 Les droits des utilisateurs de logiciels

Avec la loi du 10 Mai 1994, l'utilisateur du logiciel s'est vu attribuer de nouveaux droits que ne lui reconnaissait pas la législation antérieure mis à part le droit à la copie de sauvegarde.

2.5.1 La copie de sauvegarde

Si en matière de propriété littéraire et artistique "les oeuvres divulguées peuvent être reproduites si les copies sont destinées à l'usage privé du copiste", le logiciel représente l'une des exceptions à cette règle et aucune copie autre que la copie de sauvegarde ne peut être établie (article L 122-5-2° CPI).

Ainsi, les actes de reproduction, autre que l'établissement de la copie de sauvegarde ne seront autorisés à l'utilisateur que si le contrat le permet expressément.

2.5.2 Le droit d'analyser le logiciel et le droit à la décompilation ou le reverse engineering

Ces deux droits constituent les principaux apports de la loi de 1994. Le tableau ci-dessous présente leurs caractéristiques⁴.

	ANALYSE	DECOMPILATION
Définition	observer, étudier, tester le fonctionnement du logiciel	reproduire ou traduire la forme du code du logiciel
But	déterminer les idées et principes à la base du logiciel	
Auteur	le licencié	le licencié, ou pour son compte, une personne habilitée
Etendue du droit	sur tout élément du logiciel	sur les seules parties nécessaires pour atteindre l'interopérabilité
Limites du droit	1° le cadre d'une utilisation normale 2° le respect des conventions internationales	1° les informations utiles n'ont pas été obtenues par ailleurs 2° le respect des conventions internationales
Clause contractuelle	clause d'encadrement, la loi interdisant toute disposition ôtant ce droit	clause d'encadrement, la loi interdisant toute disposition ôtant ce droit

Tableau 2 Les nouveaux droits de l'utilisateur

2.6 Les délits portant sur le logiciel

Feral-Schuhl et Grégoire Sainte Marie (1994), présentent quelques formes de contrefaçon de logiciels. Ainsi en est il de :

- transfert d'un logiciel sur un autre ordinateur ou sur un autre site que ceux visés par le contrat ;
- l'utilisation sans droit d'un logiciel d'exploitation dans le cas de l'acquisition d'un matériel d'occasion auquel est incorporé un logiciel d'exploitation par exemple ;
- la copie non autorisée d'un logiciel ;
- l'utilisation sans droits des travaux d'analyse ou documents préparatoires ayant servi à la conception du logiciel ;
- la décompilation illicite du logiciel
- l'adaptation non autorisée d'un logiciel ;
- la location, la cession ou le prêt non autorisé d'un logiciel.

⁴ Forgeron (1994)

Pascal JOLY (1987) cite par ailleurs, l'espionnage industriel qu'il définit comme "le vol ou l'appropriation illicite des secrets de fabrication" (du logiciel) ; la contrefaçon, "reproduction partielle ou totale d'un logiciel protégé en vue de la (sic) commercialiser" ; le plagiat "copie très inspirée de l'original grâce à un emprunt habile de certains de ses éléments" ; et enfin le piratage ou copie non autorisée.

2.7 Les sanctions

La contrefaçon ou le piratage de logiciel est passible de sanctions pénales et civiles. Les sanctions pénales applicables à la contrefaçon de logiciel ont été considérablement augmentées par la loi du 5 février 1994.

Le tableau ci-dessous⁵ présente ces sanctions.

PEINES PRINCIPALES	PEINES COMPLEMENTAIRES	PEINES EN CAS DE RECIDIVE OU DE CONTRAT PASSE AVEC L'AUTEUR
1° - 2 ans de prison	1) Fermeture, totale ou partielle, pour 5 ans maximum, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction : - temporaire : pas de rupture ou suspension des contrats de travail ; - définitive : versement au personnel de l'indemnité de préavis et de licenciement et dommages et intérêts prévus en cas de rupture du contrat de travail, sous peine de 6 mois de prison et de 25000 francs d'amende.	1) Doublement de la peine d'emprisonnement
2° - et 1 000 000 francs d'amende	2) Et/ou confiscation et remise à la victime, pour indemnisation, de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction, des logiciels contrefaisants et des matériels ayant permis la réalisation du délit. 3) Affichage du jugement aux frais du condamné	2) Et doublement de la peine d'amende.

Tableau 3 Sanctions pénales applicables à la contrefaçon

Les sanctions civiles sont concrétisées par la condamnation à des dommages et intérêts dont la valeur sera déterminée en tenant compte de :

- la marge nette réalisée grâce au produit contrefaisant ;
- les bénéfices illicites générés par ce produit ;
- les atteintes portées à l'intégrité de l'oeuvre.

⁵ Forgeron (1994)

2.8 Les contrats d'exploitation du logiciel

Deux principaux types de contrats déterminent l'exploitation du logiciel : la licence d'utilisation et le contrat de prestation de services logiciels.

Le contrat de licence d'utilisation ou de concession de droit d'usage de logiciel désigne la convention par laquelle l'auteur du logiciel ou ses ayants droit fournissent un logiciel à un utilisateur déterminé en lui consentant un droit d'utilisation du logiciel de manière irrévocable et moyennant généralement une rémunération forfaitaire.

Le contrat de prestation de service concerne l'accès au logiciel et la possibilité de bénéficier du service qu'il est en mesure de rendre, par un traitement à distance de l'information. L'utilisation du logiciel pouvant ainsi se faire à distance ou par téléchargement.

Le législateur n'a organisé aucun régime spécifique des contrats d'exploitation d'un logiciel, la seule disposition qui vise ces contrats résulte de l'article 49 de la loi du 5 Juillet 1985. Et la loi nouvelle invite l'auteur à recourir au contrat, plus encore que l'ancienne loi, faisant fréquemment référence à la possibilité de prévoir des dispositions contractuelles plus favorables à l'auteur au sein des conventions.

Toutefois, certaines clauses sont expressément prévues, par exemple la possibilité pour l'auteur de :

- s'opposer au droit de modification accordé par la loi à l'utilisateur (article L121-7 al 1 du CPI) ;
- conserver le droit de retrait ou de repentir, retiré par la loi (article L121-7 al 2 CPI) ;
- s'opposer au droit de corriger les erreurs accordé par la loi à l'utilisateur, en définissant la correction d'erreur et en se réservant la correction des erreurs ;
- aménager les modalités des droits de reproduction et d'adaptation accordés par la loi à l'utilisateur sans accord de l'auteur afin de permettre une utilisation conforme à la destination du logiciel ;
- autoriser la copie, l'adaptation et la distribution du logiciel.

D'autres clauses sont écartées par la loi sous peine de nullité du contrat. Ainsi l'auteur ne pourra insérer au contrat la possibilité de :

- interdire purement et simplement à l'utilisateur la réalisation d'une copie de sauvegarde ;
- interdire purement et simplement à l'utilisateur le droit d'analyser le logiciel ;
- interdire purement et simplement à l'utilisateur le droit de décompiler le logiciel.

2.9 Conclusion

En introduisant des points nouveaux pour l'utilisateur, notamment les droits de décompilation, et d'analyse dans le régime de la protection juridique du logiciel, la loi du 10 mai 1994 a considérablement modifié la situation existante jusque-là en matière de protection du logiciel.

Le double caractère du logiciel qui fait qu'il peut être considéré à la fois comme une oeuvre de l'esprit et comme un procédé industriel, a nécessité des dérogations dans le régime traditionnel du droit d'auteur dans lequel le logiciel trouve sa protection juridique. Certains auteurs voient dans l'accroissement de ces points dérogatoires, un risque de fournir une arme supplémentaire à ceux qui trouvent dans la perversion des divers champs de la propriété intellectuelle, matière à combattre le droit fondamental des créateurs.

Notons en fin, pour terminer que l'introduction dans la loi du 10 mai 1994 prise en application de la directive européenne du 14 mai, du contrat de nantissement est un élément nouveau, indépendant de la directive européenne et qualifiée par X. D comme un aveu implicite de ce que le logiciel n'était pas fondamentalement une création appelée en toute logique à entrer dans l'objet de la protection du droit de la propriété littéraire et artistique. (X. D, *Du logiciel comme cheval de Troie*, in « Les Petites affiches », 19 avril 1995, n°47, p.6)

BIBLIOGRAPHIE

Articles de périodiques

BECOURT, D., *Droit d'auteur et droit du travail, interférences, le régime des logiciels*, Gaz. Pal., 1988, 1, doct., p. 10

CARTOU, Louis, *Programmes d'ordinateur : protection des droits des auteurs*, Les Petites affiches, n°85, 17 juillet 1991, p. 56-57

D. X., *Du logiciel comme cheval de Troie (sur la loi de 1994)*, Les Petites affiches, n°47, 19 avril 1995, p. 6

DREIER, T, *La Directive du conseil des communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programme d'ordinateur*, JCP, éd. G., 1991, I, n°3536

GOURDET, Geneviève, *Les Droits des utilisateurs de logiciels (1ère partie)*, Les Petites affiches, n°143, 27 novembre 1992, p. 17-21

GOURDET, Geneviève, *Les Droits des utilisateurs de logiciels (suite et fin)*, Les Petites affiches, n°132, 4 novembre 1992, p. 15-19

JARLAUD-LANG, C., *La Contrefaçon des logiciels : aspects théoriques et pratiques*, Gaz. Pal., 1991, 2, doct., p. 6

MONELLY, Y., *La Protection juridique des programmes d'ordinateur : aperçu rapide sur la loi n° 94-361 du 10 mai 1994*, JCP, éd. G. 15 juin 1994, Actualités.

MOUSSERON, J-M, teyssie, B; et al. note au JCP éd. G. 1986, Etudes et commentaires, n° 14713, p. 343

MOUSSERON, J-M., *Aspects juridiques du know-how*, Cahiers de droits d'entreprise, 1, 1972, p. 2

PELLEGRIN, G., *Décompilation, l'Europe en retard d'un réforme*, Expertises, n° 174, 1994, p. 270

ROULET, Valdo, *Le Nouveau régime de protection juridique du logiciel*, Les Petites affiches, n°132, 4 novembre 1994, p. 11-18

VAN DORSSELAERE, B., *La Loi du 10 mai 1994, bilan et perspectives*, Gaz. Pal. 25-26 oct. 1995, p. 2

VIVANT, Michel, *Droit de l'informatique*, JCP E, 1985, Etudes et commentaires, p. 87.

WARTEL, C., *Les Fonctionnalités d'un logiciel non protégé par le droit d'auteur*, Bull. d'actualité Lamy (G), novembre 1995, p. 1

Textes de lois

Loi n° 57298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relatif aux droits d'auteurs et aux droits des artistes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des interprètes de communication audiovisuelle

Loi n° 92-537 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle

Loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle, J. O 8 février 1994, p. 2151

Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en oeuvre d la directive du Conseil des communautés européennes

Le Décret n° 96-103 du 2 février 1996 pris pour l'application de la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle, J. O., 9 février 1996, p. 2122

Ouvrages

Cabinet d'Avocats associés Feral - Schuhl et Grégoire Sainte Marie (1994), *Comment être en règle avec son informatique*, Nathan, Paris, 109 p.

DE BELLEFONDS Linant et HOLLANDE, A. (1990), *Droit de l'informatique et de la télématique*, Paris, Masson, 294 p.

Droit et informatique : l'hermite et la puce, Masson, Paris, 1992, 256 p.

FORGERON, Jean-François (1994), *Le Logiciel et le droit : propriété, protection, licence, édition depuis la loi du 10 mai 1994*, Paris, Hermès, 266 p.

HUET Jérôme, Maisl Herbert(1989), *Droit de l'informatique et des télécommunications : états des questions, textes juridiques, études et commentaires*, Litec, Paris, 1011 p.

JOLY, Pascal (1987), *Le Droit de l'informatique*, Eyrolles, Paris, 280 p.

L'Avenir de la propriété intellectuelle, colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri - Desbois, Paris, 26 octobre 1992, Librairies techniques, 1993, 139 p.

L'Informatique et le droit, tome I et II 1994-1995, Editions Hermès, Paris, 1994, 1365 p.

SCHAMING, Bernard (1990), *Le Droit du logiciel*, Paris, La Villeguerin Edition, 416 p

Quelques décisions de justice

TGI Bobigny, 11 déc. 1978, Dossiers brevets, 1982, VI, p. I, Expertises, n° 39, 1982 p. 73

T. Com. Paris, 18 nov. 1980, Expertises, 1982, n° 39, p. 74

Cour d'appel de Paris, 4^e chambre, 2 nov 1982, Dossiers brevets, VI, p. 1

La Cour de cassation, Première chambre civile. 15 juillet 1993. Arrêt n° 1124. Cassation. Pourvoi n° 91 - 17. 442

La Cour de cassation, Chambre commerciale. 9 novembre 1993. Arrêt n° 1687. Rejet. Pourvoi n° 91 - 19. 770

La Cour de cassation, chambre criminelle. 12 octobre 1994. Pourvoi n° 93 - 84. 090

La Cour de cassation, Première chambre civile. 16 décembre 1992. Arrêt n° 1551. Cassation. Pourvoi n° 91 - 11. 480

La Cour de cassation, Deuxième chambre civile. 6 mars 1991. Arrêt n° 299. Irrecevabilité. Pourvoi n° 90 - 11. 390

La Cour de cassation, Première chambre civile. 19 novembre 1991. Arrêt 90 - 17. 031

La Cour de cassation, Assemblée plénière. 7 mars 1986. arrêt n° 84 - 93. 509

La Cour de cassation, assemblée plénière. 7 mars 1986. Arrêt n° 85 - 91. 465