L'originalité des œuvres logicielles

François Pellegrini

▶ **To cite this version:**

François Pellegrini. L'originalité des œuvres logicielles. Revue internationale du droit d'auteur, 2017, 252, pp.31. hal-01557673

HAL Id: hal-01557673
https://inria.hal.science/hal-01557673

Submitted on 26 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'originalité des œuvres logicielles

François Pellegrini

francois.pellegrini@labri.fr

Université de Bordeaux, LaBRI & INRIA Bordeaux Sud-Ouest, 351 cours de la Libération, 33405 Talence, France

1 Introduction

1 Dans une décision du 26 mai 2016, le TGI de Lille a statué sur l'affaire « Arkheïa » [1] opposant la société Anaphore au Conseil général de l'Eure. Ce dernier, qui souhaitait renouveler sa solution informatique d'archivage, avait lancé un appel d'offres en ce sens et exprimé ses besoins au sein d'un Cahier des clauses techniques particulières (CCTP) [2]. La société Anaphore, éditrice du logiciel d'archivage Arkheïa que ledit Conseil général utilisait déjà, a alors assigné ce dernier en justice, au motif que le CCTP décrivait avec une extrême précision l'architecture générale du logiciel, la structure de ses données et de ses modes opératoires, citait à de multiples reprises le nom Arkheïa et présentait même des captures d'écran de son interface graphique.

Notre analyse de cette décision est que le tribunal arrive à la conclusion exacte, à savoir contester à la plaignante l'existence d'un préjudice découlant de la diffusion de spécifications techniques correspondant à un logiciel existant, mais ce au prix d'un mésusage du critère d'originalité. Cette erreur est malheureusement fréquente. Dans de nombreux cas, le juge, avant toute étude approfondie des faits, effectue un test préalable d'originalité du logiciel en cause. L'absence de fourniture, par les parties, d'éléments attestant de façon positive de l'originalité du logiciel considéré constitue même pour certains juges un motif de rejet automatique de la demande [3].

2 L'objet du présent article est d'exposer la nature du critère d'originalité en matière d'œuvres littéraires et artistiques, puis de montrer en quoi son principe et sa mise en œuvre ne diffèrent aucunement en matière d'œuvres logicielles. Nous montrons, dans les deux cas, que ce critère n'est pas pertinent pour statuer, tout comme ceux de nouveauté, d'activité inventive et de mérite avec lesquels il est parfois improprement confondu. Notre étude nous permettra de définir une méthodologie opératoire pour le traitement du contentieux relatif aux questions de similarité des fonctionnalités et de contrefaçon, en matière d'œuvres logicielles.

2 L'originalité en droit d'auteur

2.1 Œuvre et originalité

3 La règle fondamentale en matière de droit d'auteur est que l'auteur d'une création de forme bénéficie de la protection de son œuvre « *du seul fait de sa création* » (art. L. 111-1 CPI), l'œuvre étant réputée créée « *du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* » (art. L. 111-2 CPI) [4].

4 Pour autant, toutes les créations de forme ne sont pas éligibles à la protection par le droit d'auteur. Pour en bénéficier, il faut qu'elles soient considérées comme *originales*, c'est-à-dire expriment des caractéristiques propres à l'auteur qui leur a donné le jour. Cette notion a pu être formalisée comme « *le reflet de la personnalité de l'auteur* » [5], « *l'expression ou l'empreinte de la personnalité du créateur* » ou « *l'empreinte du talent créateur personnel* » [6].

La notion d'originalité est en fait bien plus intelligible sous sa forme négative : n'est pas considéré comme originale une création de forme dont l'expression sera identique, quel que soit le créateur qui l'a produite. C'est par exemple le cas des tables mathématiques, qui présentent sous forme de tableau les valeurs des principales fonctions mathématiques (sinus, cosinus, etc.). Bien que ces tables soient une création de forme (le plus souvent, imprimées sous forme de

1. Anaphore et Louis C. c/ Conseil général de l'Eure, TGI Lille, 26 mai 2016. http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=5023 .

2. Le CCTP fixe les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations d'un marché. Voir l'article 13 du code des marchés publics.

3. Ce moyen est partiellement utilisé dans Anaphore et Louis C. c/ Conseil général de l'Eure. Voir aussi Paris, pôle 5, 1re ch., 24 mars 2015, n° 12/22514, M. L. & Markelys Interactive c/ Business & Décision & a., RLDI 2015, n° 115, obs. J. de R.

4. Ainsi la protection de l'œuvre est-elle automatique et gratuite, éléments fort appréciables dans le domaine vibrionnant de la création logicielle.

5. C. Cass. ch. commerciale, 25 mars 1991.

6. C. Cass. civ. 1ère, 13 novembre 1973.

fascicule), leur contenu ne peut être éligible à la protection du droit d'auteur, car le cosinus de 45° est toujours égal à 0,707..., quelle que soit la personne qui effectue correctement ce calcul [7].

Ainsi, les termes d'« œuvre » et d'« auteur » présument-ils l'existence d'une originalité imputable au second, au sein de la création de forme que constitue la première.

2.2 Originalité n'est pas nouveauté

Le critère d'*originalité* ne doit absolument pas être confondu avec celui de *nouveauté*. En effet, ce dernier ne s'applique pas à l'œuvre en tant que création de forme, mais aux principes qui la sous-tendent, appartenant au domaine des idées. Tel a par exemple été le cas, en peinture, de l'introduction de la perspective. De nombreuses œuvres d'artistes différents peuvent mettre en œuvre une technique considérée comme nouvelle en son temps. Cela peut-il conduire ceux qui ne l'ont pas utilisée par la suite à voir leurs œuvres exclues de la protection du droit d'auteur ? Devrait-on exclure également toutes les scènes de genre identiques utilisant les mêmes techniques, alors que seul change le modèle représenté ? Comme on le voit, considérer le concept sous sa forme négative conduit à l'évidence : cela n'aurait pas de sens. Ainsi, tous les portraits de Rembrandt sont-ils bien considérés comme des œuvres de celui-ci, indépendamment de leur nouveauté supposée.

Statuer sur la nouveauté suppose qui plus est de pouvoir dater l'apparition du principe nouveau, à l'image de ce qui est mis en œuvre dans le système des brevets, dont la nouveauté constitue l'un des quatre critères de recevabilité d'une innovation (avec l'appartenance à un domaine brevetable, l'activité inventive et l'applicabilité industrielle). C'est pour cela que le mécanisme des brevets repose sur un système d'enregistrement d'antériorité strict, que ne possède par le droit d'auteur.

En fait, juger de la nouveauté ou même, de façon encore plus extrémiste, de l'activité inventive, tous deux critères hors de propos, s'apparenterait à évaluer le *mérite* de l'œuvre par rapport à l'état de l'art connu. Or, le droit d'auteur protège « *toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* » (art. L. 112-1 CPI). Il n'est pas du ressort du juge de statuer sur la qualité de l'œuvre, ni sur ce en quoi elle diffèrerait, en termes de techniques utilisées, de l'état de l'art de son temps [8]. Ainsi, le pire des peintres amateurs, mettant en scène un modèle dans la posture de Mona Lisa au moyen de simples gouaches, doit-il voir son droit reconnu sur sa création, même si celle-ci n'exprime aucune nouveauté ni ne semble digne de figurer dans un musée.

Au Royaume-Uni, la protection par le *copyright* est également conditionnée par l'originalité de l'œuvre, ce critère apparaissant explicitement dans la loi dès 1862 [9]. Pour autant, ce critère n'y ayant pas été défini, c'est à la Chambre des Lords qu'a incombé cette tâche [10]. Ainsi, dans l'arrêt University of London Press v. University Tutorial Press [11] de 1916, le juge a-t-il considéré que « *le mot "original" ne signifie pas que l'œuvre doit être l'expression d'une pensée originale ou inventive* [...]. *L'œuvre ne doit pas être copiée d'une autre œuvre, et doit émaner de son auteur* ». Ce critère, simple et opératoire bien qu'il associât inopportunément originalité et plagiat, a malheureusement été affaibli en 1964 lorsque, dans l'arrêt Ladbroke v. William Hill [12], lui a été adjoint qu'un certain degré de « *travail, compétence ou jugement* » devait en outre avoir été réalisé pour la conception de l'œuvre, rapprochant ainsi la doctrine britannique de la doctrine étasunienne de la « sueur du front » (« *sweat of the brow* »), qui récompense le travail fourni lors de la création de l'œuvre et non son caractère original. Celle-ci, élaborée aux États-Unis durant la seconde moitié du XIX^{e} siècle, fut au final réfutée par la Cour suprême à la toute fin du siècle dernier [13], rapprochant la doctrine étasunienne de l'européenne quant à la pertinence et l'exclusivité du critère d'originalité.

7. Néanmoins, les éléments graphiques du fascicule (décorations, etc.) pourront être éligibles à la protection du droit d'auteur, s'ils sont originaux.

8. Pour un contre-exemple malheureux d'argumentation, voir Michel. X. c/ La Cinquième, C.A. Versailles, 14è ch., 18 octobre 1996, Serié : D. 1997, som. p. 93, obs. C. Colombet, dans laquelle, à propos d'un synopsis, le juge a considéré qu'une œuvre doit révéler, outre la marque d'une personnalité, « un apport intellectuel inédit et traduire la synthèse de la nouveauté et de l'activité inventive ». En ce qui concerne le refus de protection d'une campagne publicitaire qui « ne constitue pas une œuvre de l'esprit dont les caractères d'originalité et de nouveauté s'imposent de façon suffisamment évidente », TGI Paris, 30 avril 1987 : Juris-Data, n° 042697. En ce qui concerne la protection d'une chaise longue signée Le Corbusier, eu égard à sa forme mais aussi au « système d'inclinaison innovateur de son dossier » : TGI Nanterre, 17 juin 1992 : RIDA 1992, n° 154, p. 180.

9. Le premier article du *Fine Arts Copyright Act* de 1862 dispose ainsi que le bénéfice du *copyright* est accordé à « toute peinture, dessin ou photographie originaux », le critère additionnel de nouveauté (« *new and original* ») issu du *Calico Printers Act* de 1787 n'ayant finalement pas été conservé. Voir : S. Teilmann-Lock, *The Object of Copyright: A Conceptual History of Originals and Copies in Literature, Art and Design*, Routledge, juillet 2015, pp. 98-99.

10. L. Dorstter, « Le concept d'originalité dans la législation française du droit d'auteur et dans celle du *copyright* anglais », 8 juin 2009. http://blogs.u-paris10.fr/content/le-concept-d'originalité-dans-la-législation-française-du-droit-d'auteur-et-dans-celle-du-co .

11. University of London Press Ltd -v- University Tutorial Press Ltd, [1916] 2 Ch 601. Voir par exemple : http://swarb.co.uk/university-of-london-press-ltd-v-university-tutorial-press-ltd-1916/ .

12. Ladbroke (Football) Ltd -v- William Hill (Football) Ltd, A[1964] 1 WLR 273, [1964] 1 All ER 465. Voir par exemple : http://swarb.co.uk/ladbroke-football-ltd-v-william-hill-football-ltd-hl-1964/ .

13. Voir : Feist Publications Inc. v. Rural Tel. Service Co., 89-1909, 27 mars 1991, http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/499/340.html . Cette décision porte sur un cas de réexploitation de base de données d'annuaire téléphonique, qui aurait été traité au sein de l'Union européenne sous l'angle du droit *sui generis* des producteurs de bases de données, mais l'a été ici sous l'angle du *copyright*. Cela a donné l'occasion au juge d'analyser de manière approfondie le critère d'originalité et d'exposer les failles conceptuelles de la doctrine de la « sueur du front » en matière de *copyright*, alors que c'est le critère déterminant pour le droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

2.3 Fonds commun

9 Comme les exemples précédents l'ont illustré, les créations de forme consistent en l'expression d'idées, d'archétypes. Par exemple, l'histoire du Petit chaperon rouge peut être abstraite en tant que : « Soient une grand-mère, une mère, sa fille, et un loup. La fille est toujours vêtue d'un chaperon rouge, d'où son nom. La grand-mère est malade. La mère souhaite lui faire livrer une galette et un petit pot de beurre. Etc. ». Les phrases précédentes constituent bien évidemment une création de forme, puisque les idées ne peuvent être transmises qu'au travers d'échanges d'informations enracinés dans le monde physique. Pour autant, l'archétype de l'histoire du Petit chaperon rouge n'est pas une création de forme : c'est un « algorithme du monde littéraire », la description abstraite d'une suite d'étapes conduisant à un résultat donné à partir d'éléments initialement fournis [14].

Le fonds commun est le patrimoine constitué de l'ensemble de ces « algorithmes du monde réel » que sont les archétypes d'histoires, les recettes de cuisine, les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, etc. En y puisant librement, un auteur peut écrire sa propre version de l'histoire du Petit chaperon rouge, une œuvre qui sera originale au sens du droit d'auteur bien que ses constituants archétypaux soient déjà connus de tous. Il peut même modifier l'archétype, faisant entrer en scène un chasseur ou un bûcheron. Cet archétype modifié sera porté à la connaissance du public à travers la première œuvre le mettant en scène, ce qui permettra à d'autres auteurs d'en abstraire l'archétype, et de s'en saisir à leur tour pour créer d'autres œuvres, puisque les idées sont de libre parcours.

10 Le fonds commun ne doit pas être confondu avec le domaine public. Le domaine public est l'espace dans lequel entrent les œuvres une fois que les droits patrimoniaux qui leur étaient attachés sont échus. Il est réservé aux créations de forme originales, œuvres auxquelles peuvent parfois même encore être attachées des droits extra-patrimoniaux revendiqués par quelque descendant de l'auteur, auquel ne le lie le plus souvent qu'une simple proximité de patrimoine génétique, la vision de l'artiste s'étant éteinte avec son enveloppe charnelle.

Le fonds commun, pour sa part, est réservé aux abstractions. Il constitue le réceptacle de l'état de la connaissance humaine, continuellement enrichi d'abstractions et de pensées nouvelles. À celles-ci peuvent s'appliquer naturellement et sans dommage les critères de nouveauté et d'effort créatif, bien que cela soit peu opérant sur le plan juridique, puisque les idées sont de libre parcours.

2.4 Banalité, bouillabaisse et art conceptuel

11 La doctrine tendant à opposer l'originalité à la « banalité » [15] est délicate à manier, car elle représente une pente glissante vers le jugement du mérite.

Tel fut le cas dans l'arrêt « Bouillabaisse » [16]. Dans cette affaire opposant le photographe indépendant Patrick B. au journal de la Ville de Marseille, le journal avait reproduit, sans la permission du photographe, une partie d'une de ses photos représentant deux galinettes harmonieusement disposées dans une assiette. L'image initiale avait été inversée de gauche à droite, et lui avaient été surajoutés plusieurs autres poissons. La contrefaçon avait été reconnue par le TGI de Marseille, qui relevait que l'œuvre composite ainsi créée avait été exploitée sans l'accord de l'auteur de la photo, mais la Cour d'appel d'Aix-en-Provence décida pour sa part que la photo en question ne traduisait aucune originalité, et qu'un genre, tel que « poissons dans une assiette », ne pouvait être susceptible de protection par le droit d'auteur. Le pourvoi du photographe fut rejeté par la Cour de cassation, qui confirma le motif qu'une expression trop proche d'un concept de genre ne saurait recevoir la protection du droit d'auteur.

12 Or, ce n'est pas parce qu'une certaine forme d'art revendique l'expression de concepts qu'il faut lui dénier la protection du droit d'auteur. Considérons par exemple le cas d'une personne qui monte une fourche de vélo à l'envers sur un tabouret. La forme ainsi créée l'a été au sein d'un espace de liberté qui permet l'expression de la personnalité de son auteur, ce qui conduit à ce qu'elle puisse recevoir le statut d'œuvre. Pour autant, le droit d'auteur ne doit pas non plus s'étendre à la protection des concepts. Toute personne qui, à son tour, montera une fourche à l'envers sur un tabouret ne pourra être accusée de contrefaçon parce qu'elle aurait mis en œuvre une idée appartenant au fonds commun. Il ne pourrait y avoir qualification de contrefaçon que si cette personne avait cherché délibérément à reproduire la forme exacte de la création de Marcel Duchamp [17], dans le but de faire passer son travail pour celui de l'artiste.

13 Le juge ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Il semble étonnant de dénier à l'auteur de la photo de poissons un droit sur la forme constituée par la capture de son installation, alors qu'on l'autoriserait pour Marcel Duchamp. Rappelons que la nouveauté n'entre pas ici en ligne de compte. En l'espèce, le photographe ne revendiquait aucun droit sur l'ensemble des photos de genre représentant des poissons dans une assiette, mais bien la reconnaissance du fait que l'instance spécifique d'une photo de poissons dans une assiette qu'il avait réalisée ne pouvait être reproduite sans son consentement. Si cette composition était si simple, si « banale », la Ville de Marseille n'avait somme toute

14. C'est ainsi que, dans le cas de la décision « La Cinquième » citée ci-dessus, la métonymie ne doit pas conduire à confondre contenant et contenu. Le synopsis abstrait d'une histoire, en tant qu'archétype, trouvera plus facilement producteur s'il est nouveau et innovant, mais ne bénéficie d'aucune protection formelle. En revanche, le synopsis rédigé, en tant qu'œuvre écrite, est éligible au droit d'auteur, qui le protègera contre la contrefaçon de cette forme et d'elle seule.

15. Voir : Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, coll. *Droit fondamental civil*, 10ê ed., Puf, janvier 2017, § 34.

16. Patrick B. c/ Ville de Marseille, TGI Marseille, 6 mars 2008, puis CA Aix-en-Provence, 6 mai 2010, puis C. Cass., 1ère ch. civ., n° 10-21.251, 20 octobre 2011. http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/1ere/2011/10/20/10-21251/ .

17. Car c'était de lui qu'il s'agissait, et de son œuvre *Roue de bicyclette*, 1913.

qu'à faire prendre une photo équivalente, au lieu de reproduire sans son consentement celle de Patrick B. Il en va de même pour la photographie animalière ou de paysage, dont certains auteurs sont mondialement connus. Ces exemples mettent en lumière le lien entre originalité et intention du créateur, l'existence de la première impliquant celle de la seconde.

Au risque de dénier à de nombreux créateurs de formes la protection du droit d'auteur, le terme de « banalité » 14
doit donc être compris dans une acception très restrictive. La banalité ne doit pas être comprise comme l'absence de nouveauté, ni même l'absence apparente des traces de la personnalité de l'auteur aux yeux du juge, mais bien comme l'absence effective de la possibilité de son expression, ladite absence devant être prouvée.

2.5 Présomption d'originalité

La fonction essentielle du critère d'originalité est de distinguer entre les œuvres exprimant la personnalité d'un 15
auteur et les créations de forme dans lesquelles celle-ci n'intervient pas. Il en découle que, en l'absence de toute preuve contraire, l'originalité de l'œuvre doit être présumée. Ce n'est pas à l'auteur de prouver que son œuvre est originale, mais éventuellement à des tiers de prouver qu'elle ne l'est pas. Il ne peut y avoir inversion de la charge de la preuve.

Même en cas de reprise d'éléments existants, l'existence d'une contribution identifiable de l'auteur suffit à emporter 16
la reconnaissance de l'originalité. Tel est le sens de l'arrêt « Paradis »[18], selon lequel il suffit que l'auteur réalise l'agencement d'éléments préexistants, selon une démarche qui lui est propre, pour que la protection du droit d'auteur lui soit acquise. C'est ainsi que « *l'apposition du mot paradis en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille* » a été considérée comme traduisant la personnalité de l'auteur à travers ses choix.

Le droit d'auteur ne dit pas autre chose, puisqu'il organise les cas dans lequel un auteur n'effectuerait qu'une contribution partielle. Tel est le statut de l'œuvre composite (parfois appelée « œuvre dérivée »), défini par l'article L. 113-2 du CPI comme l'« *œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration des auteurs de celle-ci* ». L'auteur d'une telle œuvre voit celle-ci protégée, alors même que son apport est reconnu comme partiel.

De même, l'auteur d'un plagiat produit une œuvre originale, dès le moment où il modifie les œuvres existantes sur lesquelles il s'est appuyé. Le problème relatif au plagiat n'est pas en soi le manque d'originalité, mais le déni des droits relatifs aux œuvres incorporées, qui lèse leurs ayants droit.

Le fait qu'une personne effectue la copie servile intégrale d'une œuvre préexistante ne retire pas à l'œuvre ayant 17
été copiée l'originalité qui est la sienne. Simplement, la copie servile n'offrant pas, par nature, d'espace à l'expression de la personnalité de celui qui l'effectue, elle ne crée aucun droit nouveau sur la tête de celui-ci. Les copies serviles d'une œuvre, en ne créant aucun droit supplémentaire, sont sous l'entière main de l'ayant droit de l'œuvre copiée, qui a pu les autoriser ou non, ou transférer ce droit. Il en découle que si une personne photographie servilement une œuvre sans traiter avec son ayant droit, et qu'une autre personne copie servilement à son tour cette copie servile, le créateur de la première copie ne pourra se prévaloir d'aucun droit pour interdire la deuxième, mais les deux personnes auront bien à répondre devant l'ayant droit de l'œuvre initiale.

Comme on le voit, la seule possibilité de réfutation de l'originalité d'une création de forme est que l'auteur putatif 18
ne puisse exercer l'autonomie de sa créativité[19], et que cette création soit intégralement fondée sur des éléments contraints. En cela, l'originalité d'une création de forme doit toujours être présumée.

2.6 Méthodologie d'analyse du contentieux

Le droit d'auteur vise à permettre aux ayants droit de jouir paisiblement de leurs œuvres, sans porter atteinte aux 19
droits d'autres créateurs ayant parcouru indépendamment le même espace de liberté. Une œuvre peut être originale même si elle ressemble à d'autres œuvres, tant que les similarités sont fortuites et ne résultent pas d'une copie de la forme. Afin de régler les litiges en matière de contrefaçon, il ne s'agit donc pas tant de juger des similarités de forme observables, que des moyens ayant conduit des auteurs différents à produire ces œuvres et la part que la copie conforme a pu y jouer.

En matière de recherche de la titularité des droits, deux questions sont donc à considérer. La première consiste 20
à savoir si la création de forme est bien une œuvre, critère déclencheur du régime de protection du droit d'auteur. La seconde consiste alors à déterminer quels sont les auteurs et/ou ayants droit de l'œuvre, bénéficiaires de cette protection. Dans le domaine littéraire et artistique, les contraintes formelles sont si faibles que la réponse à la première question sera toujours positive, sauf à la confondre avec la question du plagiat, alors que ce cas de figure relève de la seconde question.

Nous allons voir qu'il en est absolument de même dans le cas des œuvres logicielles.

18. Cour de cassation, 1è ch. civ., 06-19.021, arrêt n° 1108, 13 novembre 2008. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_c
19. Par analogie avec le principe d'autonomie de la volonté.

3 Le cas des logiciels

3.1 Choix du droit d'auteur pour le logiciel

21 Lorsque s'est posée la question de définir le meilleur vecteur juridique pour régir le logiciel [20], trois voies principales étaient ouvertes au législateur : le système des brevets, le système des droits d'auteur, ou un droit *sui generis*. Les brevets n'étaient pas un système adapté car, dans le monde physique, ils visent à protéger des façons de faire. Or, transposé dans le monde immatériel des logiciels, cela serait revenu à monopoliser des processus intellectuels, en opposition frontale avec le principe fondamental que les idées sont de libre parcours.

Le droit *sui generis* aurait représenté par nature la solution la plus adaptée. Cependant, il aurait présenté le redoutable désavantage de devoir être adopté par chaque pays, ce qui, à l'ère de l'informatique, aurait généré des délais insupportables avant qu'une protection mondiale uniforme ait pu être acquise. C'est donc presque par défaut que le droit d'auteur fut préféré, celui-ci bénéficiant déjà d'une reconnaissance mondiale grâce à la Convention de Berne de 1886.

22 Le choix du droit d'auteur s'avère d'autant plus pertinent que l'écriture de logiciels présente de nombreuses similitudes avec le processus de création littéraire. Dans tous les cas, il s'agit d'organiser des idées relatives au déroulement d'un processus, que ce soit la trame d'une intrigue romanesque ou les modalités de réalisation d'un traitement informatique, puis d'exprimer ces idées dans une création de forme, écrite dans un ou plusieurs langages connus du lecteur. Dans le domaine informatique, ce seront des *langages de programmation*, spécifiquement conçus pour être univoques : un programme informatique ne pourra toujours être interprété que d'une unique façon [21]. Cela rend possible leur traduction automatique vers d'autres langages, dont le *langage machine* [22], là où la traduction automatique des langues humaines se heurte à des difficultés insurmontables.

Comme les langues naturelles, les langages informatiques sont des langues de communication humaine. Un programmeur, en lisant le *code* [23] écrit par un confrère, pourra en comprendre le sens, c'est-à-dire en abstraire la finalité ainsi que les algorithmes mis en œuvre. Il pourra également, à l'image du lecteur attentif d'un roman susceptible d'y détecter les coquilles ou les erreurs de chronologie, y déceler des *bogues* éventuels, c'est-à-dire des erreurs de raisonnement, de conception et/ou de syntaxe, toutes discordances entre ce que l'on souhaitait exprimer et ce que l'on a effectivement écrit.

3.2 Adaptation du droit d'auteur au logiciel

23 Le rattachement du logiciel au régime juridique du droit d'auteur a été mal perçu par certains juristes, qui mettaient en doute la nature artistique de la production logicielle. Pourtant, comme on l'a vu, si la finalité du logiciel, utilitaire, diffère assurément de celle des œuvres artistiques, leur mode de création est identique. La conception de logiciels est une activité de nature artisanale, consistant à exprimer un enchaînement d'idées sous la forme d'un ou plusieurs textes, écrits dans un ou plusieurs langages. On retrouve bien là l'activité de l'auteur.

24 L'exploitation particulière des logiciels au sein des ordinateurs, ainsi que le mode d'organisation de l'industrie logicielle, ont cependant conduit le législateur à adapter le droit d'auteur dans le cas des œuvres logicielles ; c'est pour cela que, dans ce cadre, nous parlerons toujours de *droit d'auteur adapté*. Il s'agit notamment de l'ajout de nouvelles exceptions aux droits de l'auteur, telle que celle permettant d'autoriser les actes techniques de copie, partielle ou intégrale, nécessaires à l'installation et l'exécution du logiciel sur l'ordinateur du licencié (actes « *nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel* », art. L. 122-6-1 I CPI). On peut également citer le transfert automatique de la titularité des droits patrimoniaux à l'employeur, dans le cas d'auteurs salariés ou agents publics (art. L. 113-9 CPI). Néanmoins, en dehors de ces amodiations [24], les grands principes du droit d'auteur s'appliquent aux œuvres logicielles.

3.3 Originalité de la création logicielle

25 De la même façon que deux portraits de genre sont chacun des œuvres originales, alors que leurs principes de conception ne sont pas nouveaux, deux logiciels distincts mais fonctionnellement équivalents, tels que par exemple deux navigateurs web, sont bien des œuvres originales au sens du droit d'auteur [25].

20. Pour une description détaillée de ces enjeux, voir : F. Pellegrini et S. Canevet, *Droit des logiciels*, Puf, 2013, § 16 et suivants.

21. Il n'est en effet pas concevable qu'un même programme puisse conduire à deux résultats substantiellement différents selon l'ordinateur sur lequel on l'exécute. C'est ce qui fait la différence entre les langages informatiques et les langues naturelles, propices aux ambigüités et jeux de mots qui en font le sel. Ainsi, en français, sachant que devant un certain Pierre se trouvent une boule et une lance, quand on lit la phrase « Pierre prend la boule et la lance », il est impossible de savoir exactement ce que fait Pierre.

22. Le langage machine est le langage élémentaire compris par les processeurs des ordinateurs, à l'exclusion de tout autre. Un programme, pour s'exécuter sur un ordinateur, doit donc soit avoir été écrit nativement en langage machine (ce qui est affreusement fastidieux et coûteux), soit avoir été traduit automatiquement en langage machine à partir d'un code source originellement écrit dans un langage plus évolué (voir note suivante).

23. On appelle communément *code* un texte écrit dans un langage informatique. Il s'agit de *code source* lorsqu'il s'agit du texte initialement rédigé par le ou les programmeurs, et de *code objet* lorsqu'il s'agit d'un texte issu de la traduction automatique d'un code source, au moyen de logiciels de traduction automatique tels que *compilateurs*, *assembleurs*, etc.

24. Pour une description exhaustive de celles-ci, voir : *Droit des logiciels*, *Op. cit.*, § 137 et suivants.

25. La liberté formelle de l'auteur de logiciel ayant pu être décrite en termes de « choix du concepteur », voir : Paris, 5 mars 1987 : D. 1988, som. p. 204, obs. C. Colombet ; parfois qualifié de « créatif » : Civ. 1è, 16 avril 1991 : JCP 1991, II, 21770, note H. Croze ; D. 1992,

Cet exemple est d'autant plus illustratif que, pour fonctionner et interagir de façon conforme avec les serveurs web, tous les navigateurs web doivent respecter des protocoles et formats d'échange stricts, qui brident les possibilités d'innovation [26], afin que le service web puisse fonctionner globalement, de façon uniforme. Or, l'existence même d'une norme suppose le désir de voir coexister plusieurs logiciels concurrents, dont le comportement apparent sera régulé par cette norme. Il serait inconcevable que, au prétexte qu'un logiciel respecte une ou plusieurs normes, et offre de ce fait des fonctionnalités [27] substantiellement équivalentes à ses concurrents, il ne puisse pas recevoir la protection du droit d'auteur [28].

De la similarité des pratiques découle une similarité de mise en œuvre des concepts : l'originalité doit également 26
être présumée en matière d'œuvres logicielles. L'article 1-3 de la directive 91/250/CE [29] ne dit rien d'autre, qui dispose qu'« *un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection* ».

Ce rappel bienvenu à l'esprit du droit d'auteur venait corriger la tendance des tribunaux à statuer sur des critères erronés, tendance apparue dès l'arrêt « Pachot » de 1986, selon lequel « *le logiciel doit être examiné en fonction de l'apport intellectuel de l'auteur et rechercher si celui-ci a fait preuve d'un effort personnalisé* » [30], les termes d'« apport » et d'« effort » rappelant par trop les critères de nouveauté, d'activité inventive et de « sueur du front ».

Il en découle qu'il est inopérant de considérer qu'un fragment de programme ne puisse recevoir le statut d'œuvre 27
que s'il respecte tel ou tel critère additionnel, tel qu'une norme de programmation. De la même façon qu'un texte original ne respectant pas les règles de mise en page et de typographie est bien une œuvre protégée par le droit d'auteur, un logiciel écrit à la va-vite, mal indenté, sans commentaires ni documentation d'aucune sorte, est également une œuvre.

3.4 Fonds commun algorithmique

Tout comme il existe un fonds commun associé aux œuvres littéraires et artistiques, il existe un fonds commun 28
associé aux œuvres logicielles. Il s'agit de l'univers des algorithmes, ces abstractions mathématiques exprimant la façon de réaliser un traitement spécifique (c'est-à-dire, en fait, un calcul), à partir de données fournies. On y trouve les algorithmes de calcul de plus grand diviseur commun, de tri de tableaux de nombres, de recherche dans des tables de bases de données, de recommandation d'achat, etc. Ce sont essentiellement les algorithmes mathématiques déjà évoqués, parfois enrichis de subtilités visant à ce qu'ils s'exécutent le mieux possible sur un ordinateur aux capacités limitées, en particulier en termes de capacité mémoire disponible. Le fonds commun algorithmique est ainsi l'espace dans lequel se construit la science informatique.

De la même façon qu'un lecteur a la capacité d'abstraire l'archétype d'une histoire en l'écoutant, le programmeur 29
a la capacité d'inférer l'algorithme mis en œuvre par un logiciel en observant la façon dont ce dernier fonctionne. Cette analyse du logiciel par les effets qu'il produit, dite « étude en boîte noire » [31], est absolument licite, comme le rappelle fort opportunément l'article L. 122-6-1 III du CPI : « *La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement [...] de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer* ».

Le fonds commun informatique inclut également les spécifications fonctionnelles des logiciels, telles qu'exprimées 30
dans les CCTP. Ces spécifications décrivent les fonctions d'un logiciel en vue de sa réalisation, qu'un tel logiciel existe déjà ou non. Elles sont donc de niveau abstrait. Elles représentent la description d'un ensemble de problèmes que le logiciel est censé résoudre, et la façon dont le logiciel doit interagir avec son environnement pour les résoudre. Elles expriment donc, en creux, les algorithmes que le logiciel est censé mettre en œuvre pour leur résolution.

3.5 Interfaçage et originalité

Comme on l'a vu, l'originalité doit également être présumée en matière de logiciels, y compris lorsque le logiciel 31
remplit une fonction strictement équivalente à celle d'un autre.

Il existe cependant un cas dans lequel le code écrit par un programmeur ou, plus exactement, une fraction de celui-ci, 32
ne doit pas être considéré comme original, et donc ne relève pas du droit d'auteur : c'est lorsque ce programmeur écrit

som. p. 13, obs. C. Colombet ; ou de « spécifique » : Paris, 4 février 2004, Sté. Alto Informatique : Expertises 2004, p. 156.

26. Cela est vrai dans le temps court mais fort heureusement pas dans le temps long, car les standards du web évoluent rapidement, sous la pression des différents acteurs, pour intégrer de nouvelles innovations. Ce fut le cas, par exemple, lors du passage de la norme HTML4 à HTML5. Le processus de normalisation mis en place au sein du W3C permet que ces évolutions se fassent de façon concertée et explicite, minimisant ainsi les risques d'incompatibilité entre logiciels web et donc de dysfonctionnements de ce service.

27. « une fonctionnalité est la mise en œuvre de la capacité d'un logiciel à effectuer une tâche précise ou d'obtenir un résultat déterminé », Versailles, 9 octobre 2003, Microsoft c/ Synx Relief : Comm. com. électr. 2004, n° 25, note C. Caron.

28. En revanche, à un niveau de granularité plus fin, le strict respect d'une norme ou d'un standard de fait peut conduire à ce que certains fragments du code d'un logiciel puissent ne pas être considérés comme originaux. C'est en particulier le cas des déclarations d'interfaces de programmation (API). Voir *infra*.

29. Directive 91/250/CE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

30. Voir en ce sens : Grenoble, 19 septembre 1989 : PIBD 1989, p. 457 ; D. 1991, som. p. 93, obs. C. Colombet ; RTDCom. 1990, p. 387, obs. A. Françon ; en cassation : Civ. 1è ch., 16 avril 1991 ; Paris, 4 juin 1999, Sté. Nintendo : PIBD 2001, II, p. 43.

31. Car on ne se permet pas d'ouvrir le « capot » du logiciel pour en examiner les constituants, comme c'est le cas lors des opérations de décompilation, mais juste d'observer le comportement du logiciel et les résultats produits lorsque certaines données lui sont fournies.

le code correspondant à la structure d'une interface de programmation (appelée en anglais « *application programmer interface* », ou « API »).

En effet, pour pouvoir interfacer un module logiciel avec un autre, il est nécessaire de respecter les conventions d'interaction avec les services offerts par ce dernier. Ceux-ci peuvent comprendre l'accès en lecture ou en écriture à des variables particulières, l'appel à certaines fonctions accompagné de la fourniture de paramètres d'un type prédéfini et renvoyant une valeur d'un type prédéfini, ou encore la possibilité de dériver une sous-classe d'une classe abstraite dotée de champs et de méthodes particuliers. Il est donc absolument nécessaire, pour le programmeur, d'utiliser les mêmes structures et noms de variables, de fonctions, de classes, de méthodes et de champs que ceux utilisés par le module.

33 Le programmeur qui réécrit un fichier de déclaration d'une telle interface réalise donc une création de forme qui n'exprime aucune originalité de sa part, car soumise à une « logique automatique et contraignante » [32]. Ces éléments de forme ne sont donc pas couverts par le droit d'auteur [33]. En revanche, les commentaires et annotations qui enrichissent ces fichiers à l'usage des programmeurs lecteurs sont, eux, pleinement soumis au droit d'auteur. Afin d'éviter toute suspicion de plagiat du fait de la recopie servile d'un tel fichier, qui porterait sur des considérations telles que l'appréciation stylistique des commentaires, il est recommandé aux programmeurs, si ces spécifications ne sont pas déjà disponibles sous une forme soumise à une licence qui permette leur réutilisation sans dommage, de les re-coder intégralement, à partir de la spécification elle-même.

34 La liberté d'interfaçage est un élément essentiel de l'univers logiciel. Elle est même garantie, dans l'Union européenne, par les dispositions relatives à l'interopérabilité [34]. La directive 91/250/CE a introduit en ses articles 5 et 6, transposés dans l'article L. 122-6-1 IV du CPI, des dispositions visant à permettre à tout nouvel entrant sur un marché de pouvoir faire interagir son logiciel avec des logiciels existants et/ou à pouvoir accéder aux données qu'ils traitent et stockent. Le but de ces dispositions est de limiter la toxicité des marchés de rente liés à des formats de communication ou de stockage fermés, qui rendent les usagers captifs d'un éditeur au logiciel duquel ils ont confié leurs données, encodées d'une façon qui ne permet pas leur réutilisation.

3.6 Méthodologie d'analyse du contentieux logiciel

35 Des éléments exposés ci-dessus découle une méthodologie d'analyse permettant au juge de statuer sur le contentieux lié au droit d'auteur sur les logiciels.

En premier lieu, il n'est pas pertinent de demander à un expert de rechercher l'originalité d'un logiciel. Du fait de l'espace de liberté formelle laissé au programmeur pour sa création, l'originalité sera toujours présumée, et pourra facilement être attestée du fait de l'existence même du logiciel, preuve de l'activité de l'auteur. Parce qu'en la matière il ne saurait y avoir de renversement de la charge de la preuve, remarquons qu'il devrait plutôt appartenir à la partie adverse de prouver l'absence d'originalité, tâche vouée à l'échec.

En deuxième lieu, en matière de droit d'auteur, l'étude d'un logiciel doit porter sur la question du plagiat et de la contrefaçon, par rapport à un autre logiciel pris individuellement. Parce que le critère de nouveauté n'est pas opérant, l'équivalence des fonctionnalités observables n'est aucunement un critère pertinent pour juger d'une contrefaçon [35] [36]. Seule l'analyse du code source, focalisée sur l'étude des similitudes de forme que l'on peut ou non observer entre les codes des deux logiciels et des raisons à ces similitudes, est susceptible d'apporter une réponse à cette question.

En troisième lieu, des similitudes formelles observées entre les codes de deux logiciels ne traduisent pas une contrefaçon si les fragments de code considérés sont relatifs à la mise en œuvre d'interfaces permettant l'interaction entre plusieurs composants logiciels. En effet, comme nous l'avons exposé, la similitude de forme est essentielle pour permettre cette interaction, selon le principe du « *must-fit, must-match* » [37]. Pour autant, l'existence de tels cas ne peut aller à l'encontre de la présomption d'originalité en matière de logiciels. En effet, il ne peut exister de logiciel uniquement réduit à un ensemble de déclarations d'interfaces non soumis au droit d'auteur. Tout logiciel remplissant une fonction le fait au moyen d'instructions réalisant des traitements effectifs de l'information, d'une nature différente des instructions servant à la déclaration d'interfaces de programmation, et offrant un espace de liberté d'expression qui soumet en pratique le code produit au droit d'auteur.

32. Pour l'usage de cette terminologie, voir : Trib. comm. Bobigny, 20 janvier 1995, Computer Associates c/ Faster : RIDA 1995, n° 166, p. 324 ; sur cette décision, Paris, 23 janvier 1995 : Petites Affiches 1996, n° 48, p. 4, obs. X. Daverat ; Douai, 1er juillet 1996, Bortier : Petites Affiches 1997, n° 63, p. 7, obs. X. Daverat ; Trib. comm. Paris, 15 octobre 2004, Comex c/ Tracing Server : Expertises 2004, p. 435.

33. C'est en particulier l'enjeu du procès Oracle v. Google, dans lequel Oracle dénie à Google le droit de créer sa propre instance de l'environnement logiciel Java. Oracle allègue pour cela d'un *copyright* sur la définition des API des bibliothèques standard disponibles au sein de cet environnement. Voir : *Droit des logiciels*, *Op. cit.*, § 135-136.

34. On peut définir l'interopérabilité comme « la capacité à mettre en œuvre librement des interfaces ». *Ibid.*, § 310 et suivants.

35. Si la présence de fonctionnalités nouvelles au sein d'un logiciel traduit la présence de code nouveau et donc propre à son auteur car ne pouvant être issu d'aucune source tierce, l'absence de fonctionnalités nouvelles n'est pas une preuve d'absence d'originalité ; implication n'est pas équivalence, car la contraposée est fausse.

36. En renfort du fait que les fonctionnalités ne relèvent pas du droit d'auteur et ne sont pas protégeables, voir par exemple : Paris, 16 juin 2004, Sté. Électronique c/ Sté. Honeywell : PIBD 2005, III, p. 126 ; Civ. 1°, 13 décembre 2005 : Comm. com. électr. 2006, 2° espèce, n° 18, note C. Caron ; TGI Paris, 4 octobre 1995, Mage : Petites Affiches 1996, n° 150, p. 5, obs. X. Daverat.

37. Cette expression fait référence, dans le droit britannique, à la nécessité pour une pièce de posséder une certaine forme afin de pouvoir s'interconnecter avec une autre. Cette problématique est identique dans l'univers numérique en ce qui concerne la compatibilité entre systèmes de traitement de l'information.

Deux logiciels dont la forme diffère considérablement peuvent cependant être des contrefaçons l'un de l'autre. 36
En effet, comme nous l'avons vu, des logiciels de traduction automatique peuvent traduire un code écrit dans un certain langage, en un code strictement équivalent sur le plan fonctionnel, mais écrit dans un autre langage. Sur le plan juridique, le code issu de la traduction automatique est une œuvre dérivée du code initial, qui ne peut être exploitée sans l'aval de son ayant droit [38]. Il reviendra alors à l'homme de l'art, en s'appuyant sur sa compréhension du comportement du logiciel de traduction, de détecter les similitudes de structure et de forme entre les deux codes, reproduites mécaniquement par le logiciel.

4 Conclusion

Les tribunaux tendent souvent à interpréter de façon différente le critère d'originalité pour les œuvres logicielles, 37
alors que rien dans les dispositions du CPI ne l'autorise. Or, un grand principe du droit est qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Nous avons montré en quoi une appréciation différente de ce critère, reposant implicitement voire explicitement sur les critères distincts de nouveauté et/ou d'activité inventive, était inopérante. Notre étude a permis de définir une méthodologie d'analyse du contentieux logiciel permettant au juge de statuer sans tomber dans les pièges de ces critères allogènes.

Dans l'affaire « Arkheïa » citée en introduction, le tribunal a relevé avec justesse le fait qu'on ne pouvait arguer 38
de l'originalité d'un logiciel sur la base du seul exposé des idées et fonctionnalités nouvelles supposément mises en œuvre par celui-ci. Pour autant, il statue de façon incohérente en reconnaissant à Louis C. la qualité d'auteur du logiciel Arkheïa, sur la base d'éléments factuels [39], sans en tirer la conséquence logique que ledit logiciel est une œuvre originale au sens du droit d'auteur. Sauf à renverser la charge de la preuve en matière de droit d'auteur, la présomption d'originalité est acquise du seul fait de la revendication de l'auteur [40].

D'autre part, le Conseil général de l'Eure, souhaitant lancer un appel d'offres afin de satisfaire ses besoins en termes d'archivage, est légitime à les décrire sous la forme d'un document de spécification fonctionnelle (CCTP), exprimant d'une manière qui lui est propre un ensemble de processus fonctionnels appartenant au fonds commun des algorithmes, qu'ils aient été mis en œuvre pour la première fois ou non au sein du logiciel Arkheïa. Le Conseil général était d'autant plus fondé à réaliser ce document que l'article L. 122-6-1 III du CPI l'autorise explicitement [41]. La seule réserve en l'espèce est qu'en ajoutant à son CCTP des captures d'écran issues du logiciel Arkheïa, il a pu méconnaitre les droits de la société Anaphore sur les éléments graphiques du logiciel qui sont, eux, protégés par le droit d'auteur classique. C'est afin de ne pas prêter le flanc sur ce sujet que le Conseil général a modifié le document qu'il avait mis en ligne.

Les prétentions de la société Anaphore ont été à juste titre considérées comme infondées. La société ne pouvait prétendre avoir subi un préjudice du fait de la divulgation dans le CCTP des principes et méthodes à l'origine de son logiciel, alors que ces éléments appartiennent au fonds commun et sont de libre parcours. Qui plus est, le Conseil général de l'Eure n'a, selon toute vraisemblance, pas eu recours à une décompilation illicite pour obtenir lesdites informations. Celles-ci étaient donc ouvertement accessibles à l'observation et donc sans doute déjà en possession des concurrents directs de la société. Dans le secteur informatique, il est en effet courant de s'enquérir des nouvelles fonctionnalités d'un logiciel concurrent dès sa sortie, dans le cadre de la veille technologique [42].

Le tribunal aurait pu arriver à la même conclusion, à savoir débouter la société de ses prétentions infondées, sans 39
avoir à arguer d'une obligation, fût-elle purement formelle, de prouver l'originalité des œuvres logicielles.

38. Voir : F. Pellegrini et S. Canevet, *Op. cit.*, § 275 et suivants.

39. « L'ensemble de ces éléments, quoique ténus, suffisent à démontrer que Louis C. est bien l'auteur du logiciel Arkheïa et détenteur à ce titre des droits moraux sur ledit logiciel, si celui-ci était considéré comme une œuvre de l'esprit. » *Op. cit.*

40. Afin de ne pas prêter le flanc sur ce point, les demandeurs sont encouragés par prudence à rédiger un paragraphe affirmant explicitement que leur création est originale. Pour autant, il est aussi difficile pour un programmeur de décrire explicitement en quoi son style lui est spécifique, qu'il l'est pour un auteur de romans. Il s'agit donc de fournir des arguments triviaux relatifs au choix du langage, à la construction du logiciel, etc., suffisants à ce que le juge acte que ce point a été traité, quelle que soit la ténuité desdits arguments. Ceci illustre bien en quoi le fait d'avoir à fournir la preuve de l'originalité (et non son absence) est sans intérêt pour la manifestation de la vérité.

41. Toute clause contractuelle de « non divulgation d'informations sur un logiciel » est donc illicite.

42. Ne serait-ce qu'en étudiant les documents publicitaires émanant des entreprises elles-mêmes.