

Introduction Définition du logiciel propriétaire

Qu'est-ce qu'un logiciel propriétaire ?

Historiquement, le logiciel existe depuis l'avènement de l'ère informatique, bien avant l'apparition d'Internet et des réseaux numériques. C'est à cette période qu'il a commencé à soulever des questions, notamment juridiques. Dans les années 1960, le droit en la matière était pour ainsi dire inexistant et le logiciel n'était pas encore considéré comme un objet juridique. De plus, les programmes informatiques étaient liés de façon indivisible aux ordinateurs auxquels ils étaient destinés, autrement dit, au support, le *hardware*. Chaque programme était alors spécifique à une machine puisque le logiciel n'en était qu'un accessoire, fût-il indispensable. Malgré le fait que son utilité n'était pas contestée, le logiciel n'avait pas de réalité propre, encore moins d'existence ou de statut juridique. On aurait pu dire avec une certaine ironie que « le *software* suivait le *hardware* », par analogie avec l'expression juridique selon laquelle « l'accessoire suit le principal ». Dès lors, les problèmes de compatibilité et d'interopérabilité étaient secondaires, même si l'importance de la valeur des logiciels était reconnue, ne serait-ce que pour faire fonctionner les machines.

Ce n'est qu'au début des années 1980 que les logiciels ont commencé à avoir une existence juridique, économique et technique – indépendamment des ordinateurs auxquels ils étaient associés – et qu'ils ont dépassé la définition de simple programmes informatiques. Ils n'étaient alors plus spécifiques à tel ou tel matériel, le terme « logiciel » prenant tout son sens. Ce fait a ouvert la voie à un nouveau marché autonome des logiciels offrant à la vente des programmes, indépendamment des matériels sur lesquels ils pouvaient être utilisés.

Avant d'expliquer en quoi consistent les licences de logiciels et de les placer dans une dimension juridique, il est donc nécessaire de définir au préalable le terme de logiciel ou « *software*¹ » en anglais. Le Code de la propriété intellectuelle (CPI) ne l'explique pas, ce qui peut surprendre, d'autant qu'il en régit le statut. C'est un arrêté du 22 décembre 1981 qui le définit comme « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données² ». La doctrine en donne également une définition : « suite de commandes écrites comprises par les ordinateurs, après diverses transformations³ » ou encore : « programme d'instructions générales ou particulières adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée⁴ ».

❗ Remarque

Certains auteurs en donnent une définition pour la pratique contractuelle : le logiciel est « l'application développée spécialement pour le client », tandis que le progiciel est « l'application informatique standard, adaptée aux besoins de plusieurs clients⁵ ».

Concrètement, le logiciel est un programme informatique dont les instructions permettent de faire réaliser certaines fonctions par un ordinateur ou une machine. Il est très utile puisque tous les équipements et systèmes informatiques tels que les routeurs, les modems et autres ne peuvent fonctionner ensemble efficacement que parce qu'ils sont activés par un ou plusieurs logiciels. Ces derniers permettent aussi la communication au sein des réseaux tels que l'Internet, d'où la diversité de leur utilisation. Au niveau du droit communautaire, la directive du 14 mai 1991⁶ en donne une définition plus large, puisqu'elle considère que le logiciel n'est pas « qu'un » programme informatique⁷, ce dernier n'étant qu'un élément parmi les autres éléments immatériels constitutifs du logiciel et qui sont :

- ▶ le système d'exploitation (par exemple, Windows, MAC OS, Linux, etc.) ;
- ▶ les applicatifs ou utilitaires qui font exécuter par l'ordinateur une ou plusieurs tâches déterminées (la conception – CAO, le dessin – DAO,

la fabrication – FAO, la publication – PAO, l'enseignement – EAO assistés par ordinateur, le traitement de texte, le tableur, le traducteur, les logiciels de comptabilité, de gestion et de jeux, les systèmes de surveillance, la navigation sur Internet, les antivirus, etc.) ;

- ▶ le *firmware*⁸ ou programme intégré dans les circuits imprimés d'un matériel et gérant ses différentes fonctions ;
- ▶ les spécifications externes ;
- ▶ les instructions programmées nécessaires au traitement automatisé des données ;
- ▶ le code source ;
- ▶ le code objet ou exécutable⁹ ;
- ▶ les interfaces de programmation ou graphiques ;
- ▶ le matériel de conception préparatoire ;
- ▶ le manuel d'utilisation ;
- ▶ les structures des bases de données ;
- ▶ la documentation de conception relative au programme ;
- ▶ sans oublier le nom du logiciel susceptible d'être juridiquement protégé, s'il satisfait aux conditions légales.

Le logiciel a donc des fonctions aussi différentes que la connexion, l'interactivité et le traitement.

La définition donnée du logiciel est alors la suivante : il s'agit « d'un ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l'information appelé ordinateur. Le programme, avec sa documentation auxiliaire et son matériel de conception préparatoire constitue le logiciel¹⁰. »

Enfin, au niveau international, selon l'OMPI¹¹, un logiciel est l'un ou plusieurs des objets suivants : un « programme d'ordinateur¹² », une « description de programme¹³ » ou une « documentation auxiliaire¹⁴ ».

À noter

À titre de comparaison, une loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur définit le logiciel comme une suite d'instructions destinées à être utilisées directement ou indirectement dans un ordinateur pour obtenir des résultats¹⁵.

D'un point de vue juridique, seuls les logiciels originaux – c'est-à-dire ceux qui revêtent un caractère de nouveauté par rapport à ce qui existe déjà en la matière¹⁶ et surtout, qui dénotent l'empreinte

d'un effort ou d'un apport intellectuel de leur auteur – sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle. Le droit reconnaît à l'auteur des droits exclusifs, à condition toutefois que le logiciel ne constitue pas une copie pirate de programmes préexistants. Par ailleurs, tout élément du logiciel n'est pas protégé par le droit. C'est le cas, par exemple, de ses fonctionnalités¹⁷.

Il faut encore distinguer les « logiciels » des « progiciels » ou logiciels standards, termes fréquemment utilisés comme synonymes dans la pratique et qui, au surplus, font l'objet de confusions injustifiées. Cela se produit notamment dans des hypothèses où la présence du terme « logiciel » n'exclut pas qu'il puisse s'agir d'une convention portant sur un progiciel : le mot « logiciel » est alors utilisé dans le sens générique de « programme ». Il faudra se méfier des logiciels expérimentaux artificiellement qualifiés de progiciels¹⁸. Notons que de nombreux États ont admis la protection du logiciel par le droit d'auteur¹⁹.

De même, dans cette optique, il devient plus que nécessaire de faire la distinction entre les licences respectives de ces deux réalités juridiques.

Pour les licences de progiciels, il s'agira de contrats ayant pour objet l'utilisation de programmes informatiques déjà conçus et éprouvés, circulant comme des produits bien identifiés et, généralement, non modifiables²⁰.

En revanche, les licences de logiciels organiseront l'usage de droits concédés sur des logiciels spécifiques, c'est-à-dire des programmes informatiques avec tous leurs éléments accessoires établis sur la base d'un cahier des charges afin de répondre aux besoins d'une personne, futur utilisateur et futur licencié. En d'autres termes, le logiciel est particulier de par les spécificités techniques qui le caractérisent. À l'inverse, un progiciel²¹ ou logiciel standard désigne un « ensemble complet et documenté de programmes conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue d'une même application ou d'une même fonction²² ». La jurisprudence le définit d'ailleurs comme « un produit standard qui ne répond pas à des préoccupations originales [...] » et considère que fourni « pour un coût moindre, [il] n'a pas pour finalité d'inclure l'usage du code source du progiciel [...] »²³.

Toutefois, malgré cette distinction entre logiciels et progiciels, tous deux bénéficient de la même protection juridique et sont considérés comme des biens incorporels pouvant faire l'objet d'un droit réel. Si les licences de progiciels sont naturellement non exclusives et interdisent donc toute sous-cession ou, de façon générale, tout droit pour le licencié d'en faire profiter un tiers, en matière de logiciel, il en va autrement. En effet, l'exclusivité est possible ainsi que le recours à des sous-licences si ces éventualités sont autorisées par une clause particulière.