

LA SEMAINE JURIDIQUE

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE



JURIS-CLASSEUR
PERIODIQUE

**EDITION
ENTREPRISE**

N° 24

14 juin

1984

Supplément

3

1984

La protection juridique des logiciels

ENQUETE :

Table ronde sur la protection juridique des logiciels,

avec la participation de : M^{me} M.-C. PEROCHEAU, MM. C. LE STANC, M. FOURNIER,
A. FRANÇON, A. LUCAS et M. VIVANT.

ETUDE :

La protection juridique des logiciels,

par C. LE STANC.

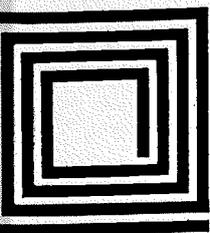
DOCUMENTS :

Propositions pour la protection du logiciel,

par Y. PONTIDA.

Dispositions types sur la protection du logiciel (O.M.P.I.).

30 F



FONDATION
NATIONALE
POUR
LE DROIT DE
L'ENTREPRISE

CONSEIL D'ADMINISTRATION

Présidents
d'honneur :

M. PUYRAVEAU,
Président d'honneur de l'Institut français des Conseils fiscaux.

M. SIE,
Président d'honneur de l'A.F.J.E.

M. Ch. REYNAUD,
Conseil scientifique de la F.N.D.E.

Président :

P^r J.-M. MOUSSERON,
Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier.

Présidents :

M. J.-R. KAUFFMANN,
Président de la Commission de l'Enseignement et de la Formation de l'Association Nationale des Conseils Juridiques.

M. H. GUIGOU,
Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise.

M. J.-C. COULON,
Président de l'Association Nationale des Conseils Juridiques.

Secrétaire :

F. BON,
Président d'honneur de l'A.N.D.J.C.E.

Membres :

M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES
EXPERTS COMPTABLES,

M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT.

M. BRET,
Vice-Président de l'A.N.C.J., Président de l'A.R.A.D.E. (Lyon).

P^r BURST,
Directeur du Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle

P^r CAS,
Directeur de l'Institut supérieur de Droit des Affaires de Marseille.

M. DELATTRE,
Président de l'Institut Français des Conseils Fiscaux.

M. FOURNET,
Institut Français des Experts-Comptables.

M^{me} M. SEITE,
Présidente du SYNCODS.

M^{me} G. LALLEMENT,
Présidente de la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats.

M^{me} A. MARVISI-BONTEMPS,
Présidente de l'A.N.D.J.C.E.

P^r MERCADAL,
Directeur du Centre de Droit des Affaires de Rouen.

P^r PAILLUSSEAU,
Directeur du Centre de Droit des Affaires de Rennes.

M^{me} E. THOURET-LEMAITRE,
Présidente de l'A.S.P.I.

Conseillers
techniques :

M. J. BARTHELEMY,
Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.

M^{me} M.-J. COFFY,
Chef du service juridique du C.N.P.F.

M. R. DEPELSENAIRE,
Président d'Honneur de l'A.S.P.I.

M. R. DESCOTTE,
Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.

M. M. FAIVRE,
Secrétaire général de l'A.N.C.J.

P^r R. KOVAR,
Directeur du Centre d'Etudes Européennes de Strasbourg.

M^{me} J.-M. LELOUP,
Avocat, ancien Président de la F.N.U.J.A., Président de Droit et Commerce.

P^r LESGUILLONS,
Professeur à la Faculté de Tours, Directeur de Droit et Pratique du Commerce International.

M. D. REGNIER,
Ancien Président de l'Association des juristes de banque.

P^r J. SCHMIDT,
Directeur de l'I.D.E.A., Université Jean-Moulin - Lyon III.

Secrétariat
général :

M^{me} B. SCHMIDT,
9, rue Richepanse, 75001 Paris. Tél. (16-1) 280.10.18.

LA SEMAINE JURIDIQUE

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

Les Cahiers de Droit de l'Entreprise, supplément de *La Semaine Juridique*, édition « Entreprise » présentent dans chaque numéro des études, une enquête et des documents sur un thème de Droit de l'Entreprise.

Direction :

J.-M. MOUSSERON, professeur à la faculté de droit de Montpellier.

Rédaction :

Régis FABRE, Maître-Assistant à la Faculté de Droit de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Droit, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cédex. Tél. 16 (67) 60.50. (postes 41 et 86), et 16 (67) 66.25.81.

Le présent numéro a été réalisé avec le concours de Marie-Elisabeth ANDRE, Assistante à la Faculté de Droit de Montpellier.

Abonnement :

Service Commercial de *La Semaine Juridique*, 123, rue d'Alésia, 75014 Paris. Tél. 539.22.91.

Abonnement annuel à la *Semaine Juridique* - *Cahiers de Droit de l'Entreprise* :

France : 586,54 + T.V.A. 4 % : 23,46 F
610 Franco.

Etranger : 650 Franco (tarif aérien sur demande)

EDITIONS TECHNIQUES

S.A. au capital de 9.900.000 francs

Siège social : 18, rue Séguier, 75006 Paris

table ronde

Le 29 février, Christian Le Stanc avait demandé à certains des meilleurs spécialistes, universitaires et praticiens, de cette question, de confronter leurs points de vue sur la protection juridique des logiciels. Il remercie de leur participation, M^{me} M.-C. Perocheau, M. Fournier, M. A. Françon, M. A. Lucas et M. M. Vivant.

C. Le Stanc. — Vous avez eu la gentillesse de venir à cette réunion pour faire le point sur les éléments dont on dispose en matière de protection des logiciels et étudier les conséquences qu'il convient d'en tirer à tous les égards notamment au plan contractuel, au plan des relations de travail, au plan des commandes éventuelles qui pourront être faites, de ce type de création. Il conviendra peut-être encore d'évoquer les problèmes de protection internationale et d'observer, si cela est possible, les projets en cours, puisqu'on parle d'élaborer une législation spécifique.

Commençons par une réflexion informelle sur le type de protection tel qu'il est donné aujourd'hui par le Droit positif concernant les logiciels.

CONSTAT : LE DROIT D'AUTEUR EN BIAIS

A. Françon. — Tant que la Cour de cassation n'a pas pris position, je crois qu'il y a évidemment une zone d'incertitude. Elle devrait prendre position assez vite puisque dans l'affaire Pachot, on attend une décision qui sera importante. Il faut reconnaître qu'en France, notamment, ces derniers mois, toutes les décisions ont été dans le même sens, dans le sens de la protection par le droit d'auteur. Je pense que probablement la Cour de cassation agréera cette formule. L'attitude qui sera prise par la Cour de cassation peut aussi dépendre de l'opinion que ses juges se font de l'éventuelle intervention du législateur. Dans l'arrêt Microfor — sur les banques

de données —, il me semble que la Cour de cassation a estimé qu'elle pouvait presque faire acte de législateur. Pour notre problème de ce matin, c'est peut-être un peu différent puisqu'il y a un projet en vue. La Cour de cassation se sentira peut-être moins tenue de prendre parti dans un sens protecteur si elle a le sentiment qu'une législation doit intervenir. C'est mon impression purement personnelle qui peut être complètement démentie par la suite des événements.

A. Lucas. — Je crois qu'il faut rester prudent quant au bilan, parce qu'en réalité deux décisions seulement ont vraiment posé le principe de la protection du logiciel par le droit d'auteur : l'arrêt de la Cour de Paris du 2 novembre 1982, dans l'af-

faire Pachot qui est intervenu dans une espèce suffisamment particulière pour que, à mon point de vue, sa portée mérite d'être mesurée et le jugement particulièrement net du 21 septembre 1983 dans l'affaire Apple. Cela dit, je crois, moi aussi que tout plaide en faveur d'une solution favorable dans le principe en tout cas au droit d'auteur ; le tout sera de savoir ce qu'on en fera et quelle sera la portée qu'on donnera à cette protection, mais je vois bien effectivement la Cour de cassation admettre, compte tenu des précédents dans d'autres domaines, la protection du logiciel par le droit d'auteur. C'est le pari que je fais.

C. Le Stanc. — Pensez-vous que d'autres types de protection seraient souhaitables. Est-ce que l'analyse en termes de droit d'auteur telle qu'elle se manifeste dans ces développements jurisprudentiels satisfait le besoin ?

M. Fournier. — En fait, pour ce qui concerne les industriels, l'idée actuelle est qu'il y a une nécessité absolue de protection parce que le chiffre d'affaire qui passe à travers le logiciel devient considérable ; on peut même dire que certaines industries se reconvertissent complètement et que leur produit principal de base consiste en la fabrication de logiciels. Les industriels se sont penchés plus ou moins sur le problème à travers un certain nombre d'organisations, il y a même encore des tentatives à travers, par exemple, une partie du programme « Esprit ». La plupart des commissions se sont aperçues que l'on butait devant une difficulté technique pour protéger un logiciel par quelque chose qui ressemblerait à un brevet. C'est en raison de l'impossibilité pratique de préciser les critères de la brevetabilité pour le logiciel que l'on a essayé de trouver un biais. On a recherché une amorce de solution plus facile par le droit d'auteur. Tout le monde est actuellement d'accord pour s'orienter vers ce type de protection moyennant un certain nombre d'aménagements nécessaires puisqu'il faudra résoudre, par exemple, des problèmes de salariés inventeurs, de titu-

lares du droit. Par ailleurs, il y a des soucis de deux types par exemple :

* des logiciels peuvent conduire à la fabrication de bases de données. Comment protéger une telle base de données ?

* des logiciels peuvent piloter des machines qui fabriquent des logiciels : on a ici une création au deuxième degré, le logiciel de demain, parce qu'on ne fera plus des logiciels « à la main » : quel en sera le régime ?

Un autre problème est extrêmement important et tient à la question de savoir comment on peut détecter une contrefaçon. C'est peut-être le problème le plus difficile actuellement parce qu'un logiciel existant, pris par un contrefacteur, peut être transformé au moyen d'un programme dans un autre logiciel et la détection de la contrefaçon s'avère extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible. Même si l'on a des indices sur la manière dont le contrefacteur a transformé le logiciel initial, si on fait les opérations en sens inverse, on ne retombe pas sur le logiciel initial. Alors, bien sûr, les industriels attendent beaucoup de protection, beaucoup de l'avenir, mais formulent de sérieuses réserves sur l'application et l'utilité finale de toutes les constructions.

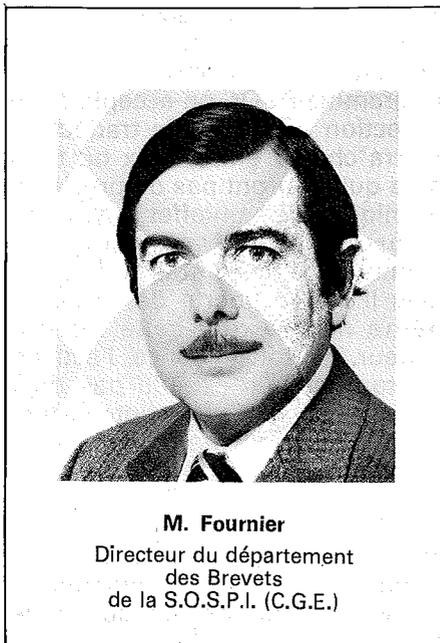
C'est un peu comme l'opportunité de breveter certains procédés de fabrication dans la mesure où les étapes du procédé ne se retrouvent pas sur le produit fabriqué, alors il est impossible de détecter la fabrication ; on risque d'avoir des problèmes similaires relativement aux logiciels.

M.-C. Perocheau. — Je vois les choses tout à fait de la même manière. Ce problème de la contrefaçon est effectivement un problème important et je pense qu'actuellement la protection est insuffisante. Des problèmes pratiques se posent : comment effectuer le dépôt légal d'enregistrement ; il existe actuellement des agences qui s'occupent d'enregistrement de logiciels ; que valent ces enregistrements ?

M. Vivant. — Je partage tout à fait

l'avis de M. Françon et de M. Lucas. Il me semble que l'on s'oriente vers une protection par les droits d'auteur parce que ce phénomène est perceptible dans d'autres systèmes juridiques que le nôtre. Si l'on fait, toutefois, le choix d'une protection par droit d'auteur, il faut bien voir que cela n'appelle pas nécessairement une remise en cause du droit d'auteur, mais appelle, au moins à mon sentiment, l'obligation de considérer celui-ci d'un œil neuf. Pour prendre un seul exemple, l'originalité ne peut pas être appréhendée de la même façon que pour une œuvre picturale ; ce que l'on trouve alors c'est cet effort intellectuel « personnalisé », pour reprendre une expression qui, je crois, a été pour la première fois employée par Christian Le Stanc, ou par André Lucas. On le trouve déjà cet effort intellectuel personnalisé, dans certaines activités aujourd'hui protégées par le droit d'auteur et je pense notamment à l'activité de traduction. Un parallèle peut être établi sur la simple question de l'originalité. Si on admet donc cette protection, il faut reconsidérer les choses, et on le voit tout particulièrement dans l'exemple du logiciel qui crée du logiciel, parce que même si on dit que le logiciel doit être protégé par le droit d'auteur, la question se posera de savoir si l'on peut appliquer automatiquement cette protection à ce logiciel créé au second degré. Y aura-t-il originalité lorsque le logiciel sera le produit d'une machine ?

Si l'on admet l'originalité comme étant une espèce de nouveauté dans la forme, on pourra répondre que oui ; mais si l'on ne franchit pas ce pas, je crains qu'on ne réponde négativement. L'évolution vers le droit d'auteur me paraît acquise, mais en dehors de tout aspect technique — question de dépôt ou autre — on ne va pas pouvoir transposer tels quels nos modes habituels de raisonnement à la situation des logiciels. Il faudrait, enfin, envisager aussi une autre catégorie de logiciels : les logiciels qui sont intégrés dans des circuits dits précisément intégrés, dans des « puces » qui sont à la fois des microprocesseurs, parce que dans cette hypothèse-là, on va trouver le problème de cumul éventuel entre brevet et droit d'auteur.



M. Fournier

Directeur du département
des Brevets
de la S.O.S.P.I. (C.G.E.)

disait aussi, que l'originalité, comme la nostalgie, ne serait plus ce qu'elle était. Si tout est spécifique pourquoi alors ne pas faire, à ce moment-là, une voie spécifique ? Je suis un peu inquiet si doivent se multiplier au sein de la loi sur le droit d'auteur, des régimes particuliers ; si on multiplie les exceptions que reste-t-il des principes ?

M. Vivant. — Mon sentiment n'est pas que l'originalité ne sera plus ce qu'elle était mais qu'elle risque de ne plus être ce qu'on croyait qu'elle était. Je pense que ceci peut jouer comme révélateur et que, déjà dans notre système de Droit, il y a au moins une dualité dans la conception de l'originalité. Je tempère un peu le sens de mon premier propos.

M. Fournier. — Je ne pense pas que se posent des problèmes notables. Je crois qu'en matière de brevet, on a actuellement bien tranché entre brevet de machine et procédé de mise en œuvre de la machine. On sait distinguer entre les droits respectifs des uns et des autres.

On peut effectivement avoir du hardware protégé par brevet, auquel se superposent d'autres protections pour le programme qui met en œuvre ce hardware ; deux protections complètement distinctes se cumuleront peut-être et pourront faire l'objet de règles de droit séparées à tous points de vue : des auteurs, des titulaires des droits, de l'exploitation de ces droits.

A. Françon. — J'étais, tout à l'heure, d'accord avec M. Lucas et d'autres, pour dire que probablement on allait vers une protection par le droit d'auteur. Je suis un peu inquiet toutefois, comme M. Plaisant, par cette évolution et mon inquiétude se trouve à nouveau confirmée par ce que j'entends ce matin. On me dit que ce sera une protection par droit d'auteur mais qui n'aura qu'un très lointain rapport avec ce que nous connaissons à l'heure actuelle. M^{me} Perocheau parlait d'un dépôt, ce qui évidemment n'est pas très conforme, à tout le moins, à la tradition du droit d'auteur et sa protection ; Michel Vivant

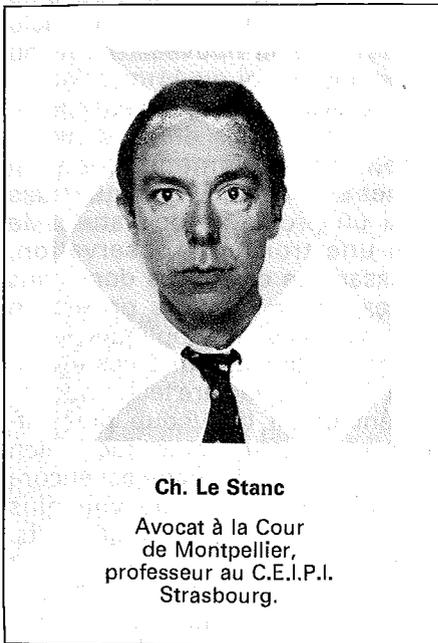
A. Lucas. — Je voudrais revenir sur ce que disait tout à l'heure Michel Vivant, sur la possibilité de faire appel à la fois au droit des brevets et au droit d'auteur. La particularité du logiciel est qu'il se présente tout à la fois comme une œuvre du langage et comme une invention ; ceci est très différent des inventions classiques car, certes, un inventeur peut toujours à partir d'une invention décrire quelque chose, décrire un ouvrage et à ce titre prétendre aux droits d'auteur mais ce qu'il a décrit n'est pas pour autant l'invention. Ici nous avons affaire à une création qui, en tant que telle, est d'une part quelque chose qui peut prétendre à la qualité d'invention et qui, d'autre part, se présente comme une œuvre du langage dont il est logique qu'on ait pu penser qu'elle pouvait être protégée par les droits d'auteur. Seulement, deuxième observation, sur l'inadaptation des droits d'auteur, il y a des arguments de technique juridiques, je n'y reviens pas. Sans doute j'avais fait le constat qu'on risquait, probablement, d'avoir une protection par les droits d'auteur mais je crois qu'effectivement ce gauchissement des solutions est très gênant ; il y a une dérive de vocabulaire qui est d'ailleurs très curieuse parce que M. Fournier a justement dit, par exemple, que le droit d'auteur est à envisager comme un biais. C'est parce qu'on s'est aperçu

que la voie du brevet n'était pas possible que l'on s'est tourné vers le droit d'auteur. C'est toujours un peu fâcheux de raisonner en termes de biais, d'autant plus qu'on en vient, je crois, à confondre les notions d'originalité et de nouveauté et cela remet en cause tous les postulats du Droit de la propriété intellectuelle ; c'est vrai dans nos conversations, mais c'est vrai aussi dans les jugements. Je pense à la décision qui a été rendue dans l'affaire Atari. Le problème est un peu différent en matière de jeux vidéo, mais il est tout de même très remarquable d'observer que, s'agissant de la loi du 11 mars 1957, le Tribunal de grande instance de Paris a traité de « la nouveauté du jeu » et il a conclu que le jeu était nouveau, nouveau au sens de la loi du 11 mars 1957. Ceci va assez loin et je pense que la protection par les droits d'auteur pose, non seulement, des problèmes de technique juridique mais aussi un problème de nature. Je ferai une troisième observation, s'agissant de ces puces dont vous parliez, parce qu'alors on est en plein surréalisme. Appliquer la loi sur les droits d'auteur à ces inventions dont le caractère technique est évident paraît beaucoup plus difficile à imaginer, parce que le lien avec l'œuvre du langage est encore bien plus ténue ; on ne voit plus l'œuvre du langage dans ces objets. Les assimiler à des dessins pouvant prétendre à la protection comme des œuvres picturales, me semble difficile. On voit que l'originalité ici n'existe pas au sens que le droit français donne à ce mot.

C. Le Stanc. — Que penser, Monsieur Françon, de la métaphore utilisée par les magistrats pour justement essayer de trouver quelque chose à quoi se raccrocher tant dans la décision Pachot où l'on parlait de « traduction » que dans la décision Apple où l'on parle de « composition musicale » ?

A. Françon. — Je crois que j'ai trouvé la réponse sous la plume d'un auteur qui me fait face et qui a dit dans la note qu'il a faite au Dalloz que dans le cas de l'œuvre musicale, de la traduction, l'œuvre est

réalisée à des fins esthétiques et que dans le cas qui nous intéresse elle est un dessin utilitaire. Vous avez dit que cette objection devait être levée parce qu'on ne tient pas compte du mérite ou de la destination, mais il y a tout de même une autre façon d'exprimer la même idée — on la trouve exposée sous la plume de M. Plaisant — l'œuvre est faite pour être communiquée au public et là le programme est d'abord absorbé par la machine et communiqué à la machine. Sans doute on a dit qu'on peut faire des listing pour que l'homme puisse obtenir communication du message, mais c'est un peu artificiel.



Ch. Le Stanc
Avocat à la Cour
de Montpellier,
professeur au C.E.I.P.I.
Strasbourg.

ORIGINALITÉ, NOUVEAUTÉ DU PROGRAMME.

A. Françon. — Je voudrais signaler une chose qui me préoccupe. On dit, aujourd'hui, que l'on va faire jouer le droit d'auteur. Sous réserve de discussion, pour qu'il y ait droit d'auteur, il faudra qu'il y ait originalité mais j'ai été un peu frappé dans l'affaire Pachot par le fait qu'on avait l'air de dire que les programmes d'ordinateur sont protégés par le droit d'auteur et remplissent la condition d'originalité. Mais, en fait tout programme est-il original, n'y-a-t-il pas un contrôle à faire ?

A. Lucas. — Mon sentiment n'est pas exactement le même que celui

de C. Le Stanc avec qui j'ai discuté souvent. Je pense que si on doit dire que l'originalité existe dès lors qu'il y a un effort intellectuel si mince soit-il, on doit très logiquement décider que tous les programmes d'ordinateur sans exception méritent une protection car tous nécessitent un minimum d'effort intellectuel. Si, en revanche, on veut faire produire à la condition d'originalité l'effet de la loi de 1957 on est obligé en toute hypothèse d'effectuer un tri entre les programmes dans lesquels se sera révélée, même à faible degré, l'empreinte de la personnalité et ceux qui, probablement plus nombreux ne seront pas protégeables de sorte qu'il y a pour moi beaucoup d'abus à dire que par principe un programme d'ordinateur est protégé par le droit d'auteur.

M. Vivant. — Si on conserve au terme originalité le sens classique qu'on lui attribue dans notre Droit, fort peu de programmes pourront passer le seuil du droit d'auteur ; si, en revanche, on lui attribue une signification autre, je ne suis pas persuadé que tous les programmes satisferont à cette condition mais le résultat pratique sera tout à fait différent. J'ajouterai qu'à titre personnel je crois que, déjà dans notre loi, l'originalité est quelque chose qui est beaucoup moins éloigné qu'on ne l'enseigne de la nouveauté ; mais je sais que ce point de vue n'est pas la doctrine dominante.

A. Françon. — Il faut reconnaître que déjà aujourd'hui la loi sur les brevets parle de la nouveauté, la loi de 1909 sur les dessins et modèles aussi mais ce n'est pas nécessairement la même chose.

M. Vivant. — Je crois que ce n'est pas une métaphore lorsque les juridictions parlent de l'activité du « traducteur ». Si on analyse l'activité du traducteur, il est assez difficile de considérer dans une langue où des mots ont un sens très précis, que l'activité du traducteur est marquée du sceau de l'originalité au sens classique. Je comprends qu'on ne partage pas ce point de vue. Mais en principe, un mot ne peut traduire qu'une notion. Ce qui fait que dans l'activité de traduction il n'y a pas

autre chose que la recherche d'un équivalent nécessaire, ce dont on nous dit que c'est l'activité même du programmeur. Or, on accepte cette protection parce que le traducteur pourra choisir entre deux ou trois mots qui n'auront pas de précision technique, mais un effet évocateur. Le programmeur devrait être soumis à cette contrainte logique mais il a une liberté de choix de même nature que celle du traducteur. En conséquence, l'activité du traducteur n'est-elle pas déjà plus proche de l'effort intellectuel personnalisé, que de la marque de la personnalité ?

A. Françon. — Je crois qu'il y a place pour l'expression d'une personnalité dans une traduction et qu'il y a la nécessité de respecter le style, l'esprit. Sans doute commence-t-on à imaginer des cas où on peut faire réaliser des traductions par un ordinateur mais cela reste limité. Vous avez, sans doute, une vision du rôle du traducteur qui est peut être un peu minimisée.

M. Vivant. Je voudrais préciser mon point de vue. Si on admet le rapprochement, il y a bien une part d'activité personnelle chez le traducteur, que nous retrouvons chez le programmeur. Je raisonne par l'absurde en posant ceci pour arriver à la conclusion : il y a bien quelque chose qui est protégeable mais ce quelque chose qui est protégeable est plutôt une activité de type intellectuel.

M. Fournier. — Il y a tout de même une différence fondamentale entre le travail du traducteur et celui du programmeur. Le traducteur est lié par le texte et l'originalité à rechercher est dans chaque mot et chaque phrase. Par contre, dans le travail du programmeur, ce dernier a un certain objectif à se fixer et l'originalité peut intervenir autant dans l'architecture générale de son programme que dans le mode d'expression particulier.

Au niveau de l'expression, l'originalité sera moindre parce qu'il est tenu par un langage qui est donné. Il se peut qu'il y ait donc beaucoup plus d'originalité dans le travail d'un programmeur que dans celui d'un traducteur.



A. Lucas

Professeur à la Faculté de Droit
de Nantes

A. Lucas — Je ne suis pas convaincu par l'exemple du traducteur. Sans revenir à cette question de fond, si on veut démontrer que l'originalité n'a pas le sens donné dans la doctrine française, il y a d'autres arguments qui peuvent être trouvés dans la jurisprudence française. On a un ensemble de décisions qui protègent des œuvres dans lesquelles l'originalité au sens traditionnel, de marque de la personnalité d'un créateur, n'existe pas ou très peu : ex : les annuaires, les recueils d'adresses... Cela plaide en faveur d'une conception différente d'originalité ; le tout est de savoir si cette jurisprudence mérite la critique ou non.

Un second argument est qu'il semble qu'en France on ait une conception plus subjective de l'originalité que dans les pays anglo-saxon. Dans les traités anglais ou canadiens, l'originalité est définie comme un effort de l'intelligence, une habileté ; cela correspond davantage à l'originalité telle que la définissent les partisans de la protection du logiciel par les droits d'auteur.

Il n'est pas étonnant dans ces conditions que l'on emprunte le langage des brevets d'invention car les deux notions : originalité et nou-

veauté tendent à se confondre. Le tout est de savoir si il faut encourager le mouvement ou non mais à mon avis le droit d'auteur a beaucoup à perdre à cet affadissement.

M. Vivant. — Je suis de cet avis en ce sens que je crois qu'on doit faire le choix : ou bien l'originalité est cette marque de la personnalité traditionnelle et la conséquence est le rejet de l'essentiel des programmes d'ordinateur dans le non-droit. Ou bien on fait le choix inverse et on en tire les conséquences inverses. Mais il serait fâcheux de rester dans cette zone intermédiaire où on emploie un mot sans aucune précision ni fermeté.

A. Lucas. — Concrètement, l'originalité existe-telle dans un programme ? L'argument tendant à l'affirmative est que si on met deux programmeurs sur un même problème ils ne parviennent pas au même résultat.

Ce n'est peut être pas aussi vrai que cela l'était autrefois ; cette différence de résultat tient-elle à la personnalité des gens ou tient-elle au fait qu'il y a de bons programmeurs ou de moins bons programmeurs ? C'est à mon avis ce qu'il faut savoir pour décider si un logiciel remplit la condition d'originalité.

M. Fournier. — Je pense que le problème reste entier. L'originalité existe en matière de programmes. Je crois qu'il serait bon de l'introduire dans les notions qui en organisent la protection. Je crains que la preuve de l'absence d'originalité soit très difficile à rapporter : d'une part, c'est quelque chose de très complexe, d'autre part, on va manquer de données. En matière de propriété littéraire et artistique on va trouver l'absence d'originalité par référence à un certain nombre de choses qui existent, qui sont publiées ou exposées. En matière de programme on va se fonder sur des programmes préexistants en général non publiés. Ou va-t-on trouver la référence ? C'est là la difficulté pratique.

A. Lucas. — Pour apprécier l'originalité d'un programme, en termes de droit d'auteur, l'appréciation de l'originalité se fait indépendamment des œuvres préexistantes à travers l'examen de la forme qui est donnée à l'œuvre pour savoir même si, à un faible degré, cette forme révèle la personnalité de son auteur, ou, si elle révèle un effort intellectuel suffisamment personnalisé pour donner prise aux droits d'auteur.

A. Françon. — Vous avez parlé tout à l'heure des bons ou des mauvais programmeurs. Là aussi on risque un peu de dériver parce que on peut imaginer un mauvais programmeur original et un bon programmeur qui le soit aussi ; on ne doit pas tenir compte du mérite. Enfin, je sais bien que le mauvais programmeur dans le cas particulier serait celui qui n'est pas original.

**

A. Lucas. — Je suis tout à fait d'accord avec ce qui vient d'être dit. Si on imaginait, par exemple, qu'aucune protection privative n'était en l'état susceptible de jouer on reviendrait sur un terrain qu'on connaît bien, et que les spécialistes en brevet connaissent bien, le problème du savoir-faire, car, incontestablement, le logiciel sera un élément de savoir-faire. On entrerait là dans un cadre qui n'est pas d'ailleurs précis à tous égards mais que nous connaissons, qui est le contrat de communication de savoir-faire et il est certain que la terminologie à utiliser dans les contrats devrait se référer à ce mode contractuel. S'il se confirme que la protection par le droit d'auteur est applicable et qu'en plus elle est efficace, c'est en termes de droit d'auteur qu'il faudra raisonner et les contrats ne seront plus rédigés de la même façon. C'est pour cela que cette question est importante. On ne peut quand même pas la mettre de côté, on est bien obligé de poser comme préalable.

■ PARTICULIERS : A VOS CONTRATS... LÉGISLATEURS : A VOS LOIS

Au-delà de la responsabilité (*), la Jurisprudence française admet la réservation indirecte de certains programmes par les brevets d'invention ; la décision Schlumberger est, à cet égard, importante. Quelques décisions plus récentes ont également admis le jeu de la propriété littéraire et artistique à l'égard d'un plus grand nombre, semble-t-il, de logiciels (1) ; les décisions Apple sont particulièrement intéressantes et des entreprises parties à leur création, qu'elles interviennent ou non dans la construction des ordinateurs, s'en sont réjouies et ont obtenu la condamnation de concurrents pour contrefaçon.

Elles n'ont, toutefois, intérêt à les opposer à des tiers qu'autant qu'ils reproduisent pratiquement à l'identique la création couverte par le droit d'auteur. Mais si la mise en œuvre de la propriété littéraire et artistique n'est utile qu'à l'égard d'un type donné de programmes, le droit d'auteur n'en existe pas moins dans tous les cas où la création est originale. Chaque fois, en effet, qu'il peut y avoir droit d'auteur, il y a droit d'auteur en raison de la création automatique de ce droit, par la création même de l'œuvre originale, indépendamment de tout acte volontaire d'appropriation ou de formule de dépôt.

Or, la plupart des logiciels sont élaborés par des salariés ; sous la seule réserve des œuvres collectives, le droit d'auteur sur création de salarié naît alors dans le patrimoine de ces salariés et se pose le problème des modalités juridiques de leur circulation jusqu'au patrimoine de l'employeur et de celui-ci vers les patrimoines de leurs clients. Pareille circulation bute, alors, sur deux prescriptions classiques en matière de cessions de droit d'auteur et consistant, quant au fond, dans l'incensibilité globale des droits à venir et, quant à la forme, dans l'exigence d'un écrit.

Ces problèmes délicats ont déjà été rencontrés en Droit de la publicité où bon nombre de créations sont le fait de salariés. Il est difficile de dire que tous les problèmes rencontrés aient été réglés même si le faible volume de la jurisprudence et l'indifférence corrélative des commentateurs occultent le problème (2). Ces problèmes étaient au rendez-vous dans l'affaire Pachot même si les commentateurs se sont davantage intéressés au problème de principe de la couverture du logiciel par la loi de 1957 qu'à la reconnaissance des droits d'auteur au salarié.

Quels que soient les possibles développements de la jurisprudence, les employeurs doivent donc être extrêmement attentifs à organiser le transfert des prérogatives à venir, tout au moins lorsque les programmes seront élaborés sur instruction de la hiérarchie et correspondront à des « créations de mission ». Certains projets orientent vers la qualification de ces programmes comme œuvres collectives ; leurs auteurs doivent se rappeler que pareille qualification tient moins à la décision des intéressés qu'à la réalité des conditions d'élaboration de l'œuvre concernée. L'absence ordinaire de clause dans les contrats de travail et d'entreprise pourrait, susciter des litiges où aujourd'hui la pratique n'en perçoit pas.

Le problème de ces œuvres de salarié doit, plus largement se poser aux autorités publiques. En introduisant les articles 1 ter et, accessoirement, 68 bis dans la loi des brevets, le législateur du 13 Juillet 1978 a traité un problème de Droit social qu'une jurisprudence établie résolvait par référence à la liberté contractuelle et à la commune intention des parties. En matière de propriété littéraire et artistique, le problème demeure largement posé dans la mesure où la maigre jurisprudence en traitant est contestée et où des textes législatifs particuliers empiètent sur la liberté contractuelle (3).

Le fait que le législateur ait abordé un aspect particulier du problème général des créations intellectuelles réalisées par les employés ne doit pas le détourner d'un règlement général de la question. Le problème général des créations de salarié est posé. Faut-il généraliser à l'ensemble, les solutions retenues pour les seules créations brevetables ? L'insuffisance de la réflexion interdit de répondre de manière affirmative ou négative.

Que les fournisseurs de logiciels heureux d'obtenir la protection des droits d'auteur n'oublie pas que de tels droits naissent ordinairement chez leurs salariés et que leur circulation n'est pas aussi simple qu'il paraîtrait de prime abord. Leur qualité de fournisseur ne doit pas leur faire oublier leur qualité d'employeur. Que leur clients soient également attentifs à ce que leurs partenaires soient bien titulaires des droits qu'ils entendent obtenir en totalité ou démembrément.

Tout mécanisme juridique est un système extrêmement complexe et le déclenchement d'un dispositif juridique pose plus de problèmes qu'il n'en règle de prime abord. Qu'en matière de logiciel l'expérience ne soit pas amère.

J.-M. MOUSSERON.

(*) Civile : Paris 20 juillet 1982, Dossier brevet 1984.II.2 ; pénale : Tr. com. Montbéliard 26 mai 1978 (inédit).

(1) Les tribunaux seront, un jour, appelés à dessiner les domaines respectifs de ces interventions et à appliquer le principe de non cumul des protections par brevet et droit d'auteur lorsque les conditions des deux interventions se trouvent réunies. V. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, t. I, coll. *Ceipi XXX*, Litec 1984, n. 174, p. 195.

(2) N. Chollet. *Les contrats de publicité*, J.-Cl. Concurrence.

(3) Signalons l'ordonnance algérienne 73/14 du 3 avril 1973 qui fortement marquée par notre loi de 1957 comporte, cependant, un article 7 al. 2 : « toutefois lorsque l'œuvre est créée par des agents d'une personne morale dans le cadre de leurs fonctions ou en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, le droit d'auteur est réputé, sauf stipulation contraire du contrat, cédé à ladite personne morale, à l'employeur ou au maître de l'ouvrage ». V. A. Djenane, *th. dr. Alger* 1984.

LE FAUX RECIF DES CARTES MARINES

M. Fournier. — Une autre mesure est prise, qui sert à détecter les contrefaçons. Il s'agit d'inclure dans le programme tous les n caractères, une indication, par exemple le nom de la société ou une indication qui ne sert à rien dans le programme, qui permettra justement de détecter les contrefaçons, car celui qui contrefait bêtement reproduit cette information inutile. C'est une mesure qui est couramment employée actuellement.

A. Françon. — Monsieur Fournier, il y a quelque chose qui amuse toujours les étudiants quand on leur explique, par exemple, que le droit d'auteur protège les cartes géographiques et que celui qui veut protéger son œuvre, par exemple une carte marine, fait exprès de placer sur sa carte marine un récif qui n'existe pas et n'existe que sur sa carte, de sorte que lorsqu'on retrouve le même récif sur la carte d'un autre, le contrefacteur est pris sur le fait. On ajoute généralement que cette chose-là peut se faire mais qu'il n'est pas recommandé en revanche de supprimer dans le même but un récif qui existe ! Est-il fréquent qu'on glisse dans un programme, une erreur volontaire pour détecter les contrefaçons ?

M. Fournier. — Oui, c'est très fréquent ; par exemple, instruction inutile, etc.

L'AUTEUR ET SES DROITS

C. Le Stanc. — La protection idéale n'arrivera pas avant un an ou deux, ou plus, or, il y a des mesures à prendre. D'ici là, que faut-il faire ? Quelles sont les conséquences de la position qui est à peu près acquise aujourd'hui, même si cela semble difficile. Y a-t-il des problèmes qui ne sont pas réglés ? Vous avez évoqué les questions de droit moral. Vous dites que, pour l'instant, il y a quand même un droit moral, qu'il n'est peut être pas très fonctionnel.

Toutefois, il est probable qu'il ne sera pas utilisé très fréquemment. On ne voit pas trop le salarié d'une société de services demander d'exercer son droit de repentir. Ce serait étrange. En revanche, c'est de tout l'aspect de droit pécuniaire que vous avez évoqué dont il faut rendre compte. Comment marche, aujourd'hui, le droit pécuniaire sur les créations logicielles ? Avez-vous vu des contrats, des contrats de commande, des contrats de travail, qui prévoient cette question ?

M. Fournier. — A ma connaissance, il n'y a pas de clause particulière dans les commandes qui sont passées à des entreprises, en général à des entreprises personnes morales et l'entreprise désigne un certain nombre de gens pour faire le travail effectif. Dans la mesure où il n'y a pas de brevet, on ne soulève absolument aucun problème de droit d'inventeur, si j'ose dire, de créateur ; le problème est complètement escamoté.

C. Le Stanc. — Ce n'est pas parce qu'on ne le pose pas formellement qu'il n'existe pas sous-jacent.

M. Fournier. — Non, il existe peut être sous-jacent, mais disons qu'on ne le pose pas pour l'instant ; on fait une impasse complète. On a la chance de constater qu'il n'y a pas de vagues, que les gens sont peut-être mal informés ; pour l'instant ça va, mais cela ne va peut-être pas durer.

M.-C. Perocheau. — En ce qui nous concerne, nous avons fait l'impasse mais nous sommes conscients qu'il ne faudra pas la faire trop longtemps et j'avais dit à M. Le Stanc que cette discussion arrivait malheureusement pour nous un peu tôt, puisque nous avons une réunion bientôt pour faire le point sur cette question et voir si l'on doit faire quelque chose. Pour l'instant dans nos contrats nous avons fait l'impasse totale.

C. Le Stanc. — Vos salariés font des logiciels ; qui en profite, de l'auteur, de l'employeur, de l'entreprise qui les a commandés ?

M.-C. Perocheau. — Tout dépend des types de logiciel conçus. Je crois que le client devient propriétaire du logiciel qui résulte du contrat d'étude.



M.-C. Perocheau
Juriste
CAP GEMINI SOGETI

C. Le Stanc. — Qu'entendez-vous donc, dans ce propos, par « propriétaire » : le droit pour le client de faire ce qu'il veut de son logiciel ? le droit de le commercialiser ? ou ne lui donnez-vous qu'une sorte d'autorisation d'utiliser ce que vous avez fait pour lui ? Il y a ici d'importants problèmes contractuels parce que la loi de 1957 pose un certain nombre de formalités à respecter pour que le droit pécuniaire puisse circuler ; or, en l'absence de formalisation expresse dans les contrats, que se passe-t-il ?

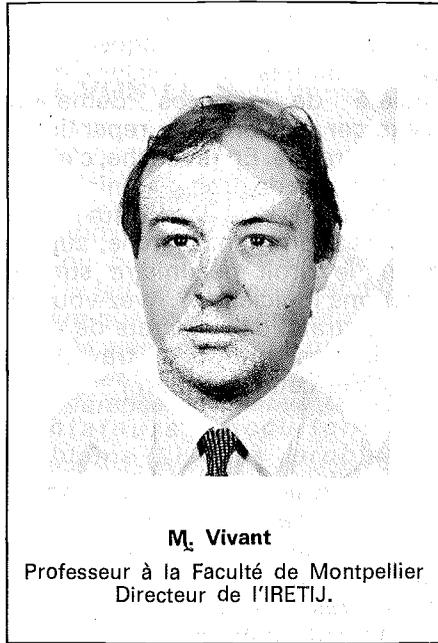
M. Fournier. — Je pourrais vous dire que j'ai rencontré récemment un certain nombre de cessions de fonds de commerce et ces fonds de commerce comprennent du matériel, des brevets, et beaucoup de logiciels. Et bien les logiciels sont cédés avec le fonds sans qu'aucune question ne se pose sur les auteurs de ces logiciels. Le logiciel est

considéré comme la propriété exclusive de l'entreprise et elle en fait ce qu'elle veut ; elle le cède. Les problèmes qui peuvent se poser actuellement sur la tête de l'auteur ou des auteurs de logiciel sont complètement escamotés. Et il ne vient même pas à l'idée des gens de se poser ces questions-là, parce que le plus souvent on assimile ça à la prestation que doit fournir un employé. Il doit fournir son travail, sa diligence, etc... et le fruit de son travail appartient à la société. Mais il y a même plus grave et plus ancien que le logiciel ; je crois que le problème ne s'est jamais posé lorsque des modèles ont été déposés.

A. Françon. — C'est vrai : en général tout se passe très bien tant que le salarié est au service de son employeur, mais il n'est pas sans exemple que les choses se gâtent quelquefois lorsque le salarié est parti de l'entreprise. Ce n'est sans doute pas très fréquent mais cela existe. D'ailleurs il doit y avoir des cas dans lesquels ces problèmes se posent sans que cela débouche sur un procès.

M. Fournier. — Disons que ce n'est pas la préoccupation des entreprises. Les gens habitués à rédiger des contrats ou à s'occuper de brevets, dessins, modèles n'ont pas en tête cette préoccupation. J'avoue que je n'ai jamais vu dans un contrat se poser la question, quand il y a des cessions de modèles, de ce qui pourrait advenir des droits moraux ou éventuellement des droits pécuniaires de l'auteur.

M. Vivant. — Pour renforcer ce que vous dites, on peut dans le même sens considérer non pas les contrats de travail, mais les contrats dits de cession ou de licence de logiciel. Très généralement le logiciel est présenté comme la « propriété » de l'entreprise, sans que ceci renvoie à une nature juridique quelconque et encore moins à la recherche véritable du titulaire d'un droit dont on ignore tout.



M. Vivant
Professeur à la Faculté de Montpellier
Directeur de l'IRETIJ.

A. Lucas. — Il y a une terminologie effectivement très inadaptée qui fait apparaître, à mon avis, un besoin de recherche fondamentale. Au-delà même des questions de propriété intellectuelle. Il y a un effort de recherche à mener, qui a été commencé. Je pense à l'article que Michel Vivant vient d'écrire ; il y a une réflexion fondamentale à mener sur la nature du logiciel, et peut-être plus généralement, de ce que l'on tend à appeler les « biens informationnels ». Je pense que c'est à partir de ces questions de propriété intellectuelle que la recherche doit être menée, mais elle doit déborder le cadre du droit d'auteur, des brevets, c'est de bien autre chose qu'il s'agit.

C. Le Stanc. — Je voudrais revenir sur le problème soulevé il y a quelques instants par M. Françon. Ce n'est pas parce que le problème ne se pose pas qu'il ne peut pas se poser. Effectivement, il y a des situations, sans doute exceptionnelles, mais réelles où cela se gâte. Est-ce qu'il n'y aurait pas des techniques et dans ce cas-là lesquelles, pour faire en sorte que cela ne se gâte pas. Peut-on imaginer, par exemple, une clause qui rendrait compte de la situation et qui permettrait qu'un litige ne puisse pas se poser par exemple pour la situation d'un sala-

rié vis-à-vis de son employeur dans une entreprise d'informatique ? Que pourrait-on imaginer comme disposition contractuelle dans le contrat de travail pour qu'il n'y ait pas d'éventualité de revendications ultérieures du salarié envers l'entreprise au cas où la situation se détériorerait ? Un salarié d'une entreprise d'informatique crée un programme pour l'entreprise qui le commercialise. Il quitte cette entreprise et voudrait commercialiser lui-même son programme. L'entreprise qui a payé ce salarié ne trouvera pas cela satisfaisant. La question pourrait peut-être être réglée par une clause de non-concurrence, mais s'il n'y en a pas, le salarié a-t-il ce droit, ne l'a-t-il pas et quel aménagement contractuel pourrait-on imaginer pour qu'il soit certain que l'entreprise est titulaire du droit d'exploitation ? Faudra-t-il faire les distinctions de la loi de 1957 entre les divers droits de reproduction ; faudra-t-il prévoir la durée de cette cession ; faudra-t-il prévoir le territoire ; faudra-t-il appliquer l'article 31 ?

A. Françon. — Il y a peut-être des cas où on peut essayer de faire jouer la théorie des œuvres collectives, ce qui peut, parfois, résoudre le problème, en disant que c'est celui qui est à l'origine de la création qui a le droit d'auteur sur cette création ; mais ce n'est pas une panacée. Sinon dans les œuvres de commande ou les œuvres de salariés la loi de 1957 met le droit sur la tête de l'auteur. Il y a quand même une théorie qui est assez largement répandue selon laquelle il pourrait y avoir des facilités de cession dans la mesure où l'utilisation de l'œuvre entre dans le cadre normal de l'activité de l'entreprise. On peut dire alors que cette cession est sans doute la cause du versement du salaire.

J'ajoute, puisqu'on essaie de voir comment faire avec ce qui existe, pour les problèmes de la rémunération, que dans un certain nombre de cas les gens disent que cette loi de 1957 n'est pas praticable avec sa rémunération proportionnelle. Je prétends pour ma part que les exceptions qui sont prévues à l'article 35 et 36, sans doute, n'abolis-

sent pas complètement le principe, mais enfin l'entament fortement. D'autant que la jurisprudence a eu très souvent l'occasion d'intervenir. Puisqu'on procède au bilan, je ne crois pas que la rémunération proportionnelle soit vraiment une difficulté.

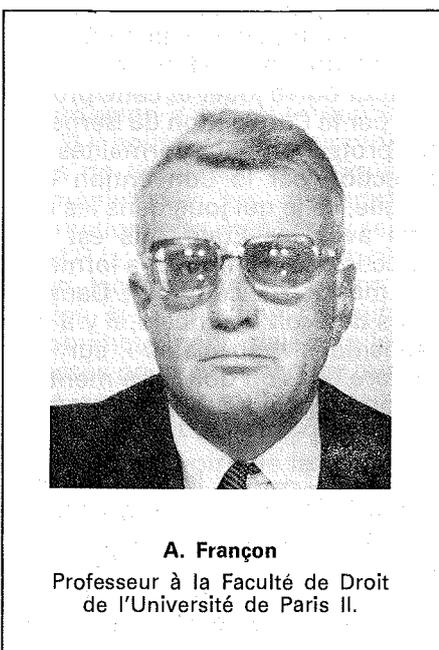
C. Le Stanc. — Dans l'hypothèse d'une relation de travail on peut donc estimer que l'entreprise acquiert le droit d'exploitation pour les besoins de l'entreprise, acquisition fondée sur la notion de cause de la rémunération. Pensez-vous que cette situation est transposable au contrat de commande. Y a-t-il cession de droits d'exploitation ?

A. Françon. — Je ne pense pas qu'il y ait beaucoup de jurisprudence là-dessus, de sorte que je ne sais pas ce que les tribunaux diraient. Je ne sais pas si le cas est absolument le même. Les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de savoir si le cessionnaire peut transmettre à un tiers ou pas. Rappelons la jurisprudence sur les photographies, décision assez récente qui va assez loin dans ce sens. L'entreprise pourrait non seulement utiliser les photographies dans le cadre de son activité, mais également les céder.

M. Vivant. — Je me demande si la question vraiment propre au logiciel, ne serait pas plutôt la question de l'implicite dans les contrats sur droit d'auteur. Tel que cela se passe de façon générale dans la loi de 1957, on peut considérer qu'implicitement il y a une cession.

La difficulté que je ressens sur la question posée, à savoir comment régler contractuellement les relations, qu'il s'agisse de contrat de travail ou contrat d'entreprise, est davantage que, en l'état du Droit même, nous sommes tous tombés d'accord, pour dire qu'il y avait une évolution à peu près certaine vers le droit d'auteur. Mais on ne sait pas, avec certitude, s'il faut raisonner ainsi. Il est assez significatif que plusieurs fois on ait dit, ou repris l'expression : à qui appartient le droit, à qui revient le droit ? si jamais il s'avère que la loi de 1957 ne s'applique pas, on ne

pourra plus raisonner en terme d'attribution de droit ; donc pour le rédacteur de clauses, la grosse difficulté est de savoir s'il doit raisonner uniquement en termes de relations contractuelles, ce qui renvoie à ce qu'a dit M. Fournier, sur les obligations de bonne foi dans l'exécution des contrats, de fidélité, ou s'il faut raisonner en termes d'attribution de droit. Il y a certains contrats que j'ai pu avoir entre les mains qui essaient de pallier cette difficulté en tentant dans un premier temps de régler les choses d'un point de vue strictement contractuel et renvoyant par une espèce de tiroir, si je puis dire, à toutes législations qui pourraient par ailleurs, s'appliquer.



A. Françon. — Il n'est pas impossible que la réforme en cours du droit des dessins et modèles, contienne des dispositions tendant à régler le sort des créateurs salariés en s'inspirant très étroitement des dispositions de la loi sur les brevets.

DROIT COMMUNAUTAIRE ET LOGICIEL

C. Le Stanc. — Sur les aspects techniques, peut-être conviendrait-il d'évoquer le problème de la circulation de l'œuvre de logiciel, notam-

ment, au regard du Droit français, compte tenu de l'existence du droit de destination. C'est un problème un peu voisin de ce que l'on connaît en matière de brevetabilité avec la question de l'épuisement.

A. Françon. — Je n'ai pas réfléchi du tout à cet aspect des choses, mais je crois que pour le droit d'auteur on peut dire d'une façon générale qu'une distinction a été faite par la Cour de Justice entre le droit de représentation et le droit de reproduction, et que le droit de représentation est considéré en quelque sorte, comme soustrait à la règle de l'épuisement du droit et qu'en revanche pour ce qui est du droit de reproduction en schématisant beaucoup, il n'y a pas de différence sensible avec le Droit des brevets.

M. Vivant. — Je crois effectivement que cette option est extrêmement importante, parce que si cela paraît justifié, on penche vers une formule type droit des brevets. Or il peut y avoir des conséquences extrêmement importantes selon l'attitude que va adopter la Cour de Justice des Communautés, dans la circulation de ces biens. A l'heure actuelle nous pouvons constater que la plupart des États à économie développée choisissent cette voie de protection. J'avoue ne pas connaître l'état du droit des États membres de la communauté. Je pense qu'il peut y en avoir certains encore qui n'ont pas choisi la protection du logiciel. Dans pareil cas, la question peut se poser de savoir si un logiciel libre sur le territoire de l'État mais qui serait la réplique d'un logiciel protégé sur le territoire d'un autre état peut être commercialisé. La première réponse que l'on peut être tenté de faire est une réponse négative en considérant que le traité de Rome n'a pas fait disparaître les droits de brevet ou les droits de propriété intellectuelle, quels qu'ils soient, selon l'article 36 du traité, mais je pose la question de savoir si un arrêt comme celui du 14 juillet 1981 intervenu en matière de brevet n'annonce pas une radicalisation de la Cour. Peut-être faut-il rappeler d'un mot de quoi il s'agissait ; il s'agissait de fabrications qui avaient été faites en Italie en l'absence de brevet et à partir de là

le breveté initial qui avait choisi la voie de la commercialisation s'était vu opposer le fait, puisqu'il avait commercialisé le produit en Italie, qu'il ne pouvait plus empêcher l'entrée du produit sur le territoire français. Mais dès l'instant où il n'y avait pas de brevet italien, il faut prendre la mesure de cette décision. Cela signifie qu'on ne peut plus la justifier - et certains auteurs l'ont bien fait remarquer - par la théorie de l'épuisement du droit. Donc, on peut attendre soit un recul de la Cour de justice qui réglerait toutes les difficultés, soit au contraire une avancée, c'est-à-dire, quelque chose qui est le prolongement de sa jurisprudence générale. Je pense à la formule employée dans l'arrêt Cassis de Dijon, qui est que dès l'instant où un bien est licitement commercialisé sur le territoire d'un État, il a vocation à circuler sur l'ensemble de la communauté. Dans ce cas-là les conséquences sont extrêmement radicales et extrêmement graves pour les entreprises parce que cela signifie que c'est la voie ouverte à un piratage par le biais de la fabrication et de la reproduction dans un territoire où il n'y a pas de protection. Je ne dis pas que cela doit se passer ainsi, mais c'est, me paraît-il une des hypothèses concevables.

A. Françon. — Je crois, qu'il y a déjà un certain temps, les autorités de Bruxelles s'intéressaient à notre problème. Une personne était chargée d'ailleurs de faire une enquête pour la Commission. Probablement, à long terme, des projets seront mis en place du côté de Bruxelles. Mais je ne sais pas s'il existe déjà quelque chose de précis. Quant à l'enquête, il n'est pas sûr qu'elle soit terminée, mais enfin, elle est en cours.

A. Lucas. — Le problème de la disparité des législations nationales risque moins de se poser en matière de logiciel que dans d'autres domaines, car, pour autant que je sache, la plupart des pays en sont à peu près au même stade que nous, avec tout de même des réserves en ce sens que la Belgique par exemple n'avait pas encore intégré dans sa législa-

tion l'article 52 de la Convention de Munich. Il semble bien que tous les pays se dirigent vers la protection par le droit d'auteur.

PROTECTION INTERNATIONALE

M. Fournier. — Mais je voudrais poser une autre question : la création d'un logiciel comporte-t-elle une protection vers les autres pays du monde ? Par le biais de création internationale ? Doit-on prendre des mesures particulières pour protéger un logiciel aux États-Unis, au Japon ou ailleurs ?

A. Françon. — Sur le terrain du droit d'auteur, on peut imaginer que la protection internationale du droit d'auteur doit jouer et cette protection par la Convention de Berne est une protection sans formalités ; la protection par la Convention Universelle, celle qui joue dans les rapports avec les États-Unis est une protection qui comporte la formalité de la mention de copyright. Dans les textes de droit américain, il y a des dispositions spéciales sur la manière dont on doit faire mention du copyright sur un programme.

A. Lucas. — Sur le fond du problème, la plupart des pays qui se sont intéressés à la question n'ont pas des solutions très différentes des nôtres. La France est un des seuls pays à avoir exclu très formellement la possibilité de prendre un brevet pour des programmes d'ordinateurs, avec la Pologne, avec le Mexique, et les pays européens qui ont intégré l'article 52 à la Convention de Munich. Les États-Unis sont, à ma connaissance, le seul pays qui ait évoqué une législation spécifique en matière de droit d'auteur puisqu'à deux reprises en 1976 et en 1980 ils ont pris des dispositions. Pour le reste la situation est plus incertaine.

En Australie, la situation est très défavorable à la protection par le droit d'auteur, plusieurs décisions ont été rendue à propos d'Apple - je ne sais pas s'il s'agissait des mêmes logiciels - qui sont défavorables à la protection par le droit d'auteur.

Pour les pays qui nous intéressent, il ne semble pas, en revanche, que la situation soit très différente de la nôtre.

A. Françon. — J'ai entendu dire qu'au Japon on était très hésitant et que l'on menait parallèlement des recherches dans plusieurs directions.

M. Vivant. — Les disparités nationales existent. Il faut distinguer les pays qui ont accepté le principe même de protection et les autres. Le problème de la disparité de traitement existe donc et une difficulté est, à mon avis, susceptible de se poser un jour. Ce sont les difficultés propres qui naîtraient ou qui naîtront d'une liaison télématique : si un Australien envisage d'avoir un terminal en Australie c'est tout à fait faisable et si, par le biais de ce terminal, il a la possibilité de pirater le logiciel qui peut se trouver en France, quels seront les moyens de défense ? Sans doute y aura-t-il protection en termes d'obligations contractuelles, mais en termes de droits privatifs, si on admet que l'Australie ne donne pas de protection, pourrait-on envisager quelque chose en France, dans la mesure où les actes de piratage, de stockage, c'est-à-dire ce que l'on peut appeler en terme de la loi de 1957 la reproduction, ne seraient pas faits sur le territoire français. Je crains personnellement qu'il n'y ait rien à faire.

A. Lucas. — Le problème ne me paraît fondamentalement différent de celui qui se poserait si un espion bien outillé, de nationalité australienne emmenait avec lui, soigneusement dissimulée, une bande magnétique ou une disquette comportant un programme. On serait pareillement désarmé devant cet acte de piratage. La difficulté technique vient de ce qu'on ne sait pas comment du point de vue juridique localiser l'infraction. Peut-être pourrait-on soutenir que dans un cas comme celui-là la reproduction au sens de la loi sur le droit d'auteur a quand même lieu en France avant l'émission des signaux qui vont permettre de le reconstituer là-bas.

A. Françon. — Oui, je pense qu'on pourrait trouver certaines analogies avec les questions que l'on commence à se poser à propos de diffusion des œuvres par satellites où, effectivement, il y a des problèmes de localisation, de pillage et de piraterie qui s'avèrent d'ores et déjà très difficiles, délicats.

PATERNITE

A. Françon. — N'y aurait-il pas aussi des problèmes concernant le droit à la paternité qui, théoriquement, autorise l'auteur à exiger que sur chaque exemplaire de son œuvre son nom soit mentionné ? Est-ce concevable ou non ?

M. Fournier. — J'ai eu plusieurs cas où, par analogie avec la situation de l'auteur d'un brevet, des informaticiens ont demandé que leur nom soit mentionné.

Des questions ont été soulevées, qui ont trouvé une solution très facile. Les programmeurs sont prêts à mettre une phrase au début de leur programme, précisant que ce programme a été conçu par un tel, ou par telle équipe, de telle société, etc... les employeurs n'y voient aucun inconvénient. La solution est donc très simple.

A. Françon. — Juste une petite observation sur le droit à la paternité. J'ai évoqué le droit à la paternité en droit d'auteur et M. Fournier l'a évoquée dans les brevets. Je souligne que précisément, c'est assez différent, parce que le droit à la paternité du droit d'auteur, est le droit pour l'auteur d'exiger que son nom soit mentionné sur les exemplaires, le droit à la paternité des brevets veut simplement dire que dans le brevet on mentionne le nom, mais cela ne veut pas dire que sur les produits fabriqués en vertu du brevet il y aura le nom. Ce n'est donc pas la même chose.

M.-C. Perocheau. — Pour notre part, nous nous tenons à mettre un copyright sur la documentation.

VERS UNE LÉGISLATION SPÉCIFIQUE ?

C. Le Stanc. — Voulez-vous que l'on passe à une autre étape, à propos des projets qui sont en cours pour voir de quoi sera fait demain le Droit positif.

A. Lucas. — La solution consisterait en une triple protection, la protection du Droit des brevets continuerait à jouer au terme de la jurisprudence Schlumberger. Un accord semble-t-il se dessine par ailleurs sur l'idée que le droit d'auteur pourrait continuer à jouer un rôle et un rôle important notamment en cas de contrefaçon comme dans l'affaire Apple par exemple.

Enfin une réponse ministérielle du 11 juillet 1983 indique qu'une commission a été créée auprès de l'I.N.P.I. pour élaborer des propositions de législation spécifique, en harmonie avec les concertations internationales menées au sein de l'O.M.P.I. ; dès lors il est probable qu'on tentera d'organiser une protection qui ne s'appliquerait pas automatiquement mais que les intéressés pourraient obtenir moyennant un dépôt qui pourrait demeurer secret 10 ou 15 ans.

Il faut bien voir que la protection du droit d'auteur intéresse les personnes concernées : parce qu'elle existe alors que l'idée la protection spécifique n'est encore que simplement évoquée et parce qu'il y a des sanctions assez vives, ce qui satisfait les auteurs de logiciels. Techniquement, la législation spécifique pourrait se faire soit d'une manière autonome, soit dans le cadre d'une modification de la loi de 1957. Certains même, pourraient préférer modifier la loi de 1957 ne serait-ce que pour pouvoir rester dans le cadre de la loi de 1957 et donc des conventions internationales que Monsieur Françon a évoquées tout à l'heure. Mais, bien entendu, un des intérêts de cette protection spécifique serait que la protection serait plus étendue et pourrait s'étendre au-delà de la protection du droit d'auteur, qui, je le pense, est en ce qui nous concerne, quelque peu limitée. On peut également penser que cette protection spécifique per-

mettrait de résoudre ce conflit : nouveauté, originalité. C'est ce qu'avait fait d'ailleurs l'O.M.P.I. dans ces projets : trouver une notion, prendre un autre mot, mettre au point un critère qui ne soit ni le critère de l'originalité au sens du droit d'auteur, ni le critère de la nouveauté au sens du brevet d'invention.

M.-C. Perocheau. — Finalement il semble qu'après que les premiers propos se sont portés exclusivement sur le droit d'auteur, on s'achemine plutôt, à entendre vos dernières observations, vers une législation spécifique ?

M. Fournier. — Moi, je suis un peu de cet avis. Pourquoi a-t-on utilisé le droit d'auteur dans les différents pays au fur et à mesure que ces problèmes se posaient ? Parce que l'on était à un stade, disons un peu simple, du logiciel ; il se traduisait le plus souvent par des écrits, de longues listes d'instructions de programmes d'ordinateur qu'on trouve dans les littératures, qu'on voit dans les brevets à titre d'exemple de réalisation. Il était facile de faire une comparaison entre un listing et une copie de listing, de la même manière qu'on peut faire une comparaison entre une œuvre de Victor Hugo et un plagiat de Victor Hugo. D'ailleurs, il y a des décisions qui ont dit que 99 % des mots étaient les mêmes et qu'il ne faisait pas de doute que le programme avait été recopié. C'est pourquoi, on s'est orienté, puisqu'on avait une difficulté juridique et que le brevet était absolument exclu par la loi dans la plupart des pays, vers ce qui y ressemblait le plus. Il est évident que c'est une analogie. C'est une protection en biais, et, dans la mesure où on n'a pas trouvé mieux, il faut l'admettre et l'adapter. On doit, à mon avis, faire maintenant table rase de toutes les considérations ; il convient que le législateur dise : tels et tels articles de la loi de 1957 s'appliquent et, éventuellement, voilà les articles spécifiques pour la protection des programmes d'ordinateur. Il y a une chose de plus, qui, devrait être balayée rapidement ; c'est le nom même de droit d'auteur. La notion d'auteur va complètement disparaître ; il va être un salarié, il

va être un ingénieur conseil qui fera un programme comme un autre fait une invention ; il aura, alors, un droit moral quelque temps mais qui devra être réduit à sa plus simple expression, contrairement à ce qui est très important dans le droit d'auteur. Ce qui l'emportera c'est le droit pécuniaire, qui, la plupart de temps, appartiendra à une société, à l'employeur, à celui qui a passé la commande ; donc, le mot « droit d'auteur » devra disparaître, il y aura un droit spécifique qui y ressemblera dans la mesure où on aura un souvenir du passé et que l'on sera amené à comparer mot à mot l'expression littérale du programme.

C'est tout ce qui devrait rester du droit d'auteur, et, même le droit moral devrait sans doute se limiter au droit moral de celui qui dépose un brevet ; en tout cas, il ne pourrait le transmettre à ses héritiers. Sont complètement inadaptés aussi les droits de suite, toutes les prérogatives extra-patrimoniales. Ce qui devrait demeurer, c'est la mise en œuvre de la contrefaçon. Les créateurs devraient simplement pouvoir détecter les contrefaçons et poursuivre les contrefacteurs. Aussi, cette technique qui devrait se développer à partir de la loi de 1957, en déviara certainement et se spécialisera. Je ne vois pas comment on pourrait s'en sortir autrement à moins de faire une jurisprudence élaborée sur 20 ans, laborieusement à coup d'arrêts de la Cour de cassation. Or, les industriels ne peuvent pas attendre des décennies qu'on ait suffisamment décortiqué, que la doctrine ait travaillé la loi de 1957 pour tous les moyens pour lui faire dire ce qu'elle ne dit pas, que la Cour de cassation fasse connaître sa position. Il nous faut quelque chose rapidement, dans l'année qui vient ou dans les deux ans qui viennent, d'adapté, de spécifique, et qui époussettera ce qui ne concerne pas spécifiquement la protection du logiciel, tout ce qui fait la beauté de la loi de 1957 quand elle s'applique à des œuvres de l'esprit, des sculptures, des peintures, des œuvres littéraires ou

musicales. Le reste n'a rien à faire dans ce problème industriel extrêmement important. Je lisais le chiffre d'affaire en France des logiciels. Ce sont des milliards de francs, ce sont des investissements considérables. Songeons au programme ESPRIT qui va donner 600 millions d'écus, à un certain nombre d'industriels pour essayer de combler un trop gros déficit avec les Américains et les Japonais ; il y a une somme considérable d'argent en jeu. Il est tellement facile de piller un programme qu'il n'est pas envisageable d'attendre des années une évolution.

*
**

C. Le Stanc. — Au terme de cet échange de vues, et pour essayer, non pas de conclure, mais de provisoirement terminer, que doit on penser, qu'allons nous faire ?

M. Fournier. — Nous allons rassurer nos clients en leur disant que la jurisprudence va dans un certain sens qui confère des droits aux réalisateurs de logiciel. Il ne faut pas qu'ils se fassent trop de soucis sur la propriété industrielle de leurs travaux. Pour l'auteur on va se garder de faire quoi que ce soit et de soulever le problème, car on va au devant de difficultés énormes ; on va garder un prudent silence.

Enfin, on va inciter les fabricants de logiciels à truffer leur programme de pièges. C'est tout ce que l'on peut faire actuellement sauf peut être aussi à regarder si il n'y a pas quelques mesures pratiques à prendre pour assurer la protection des logiciels dans les pays étrangers et s'il faut faire une démarche ou pas, notamment aux U.S.A. C'est tout ce que l'on peut envisager dans l'industrie ; il faut souhaiter que les choses se décantent.

M^{me} Perocheau. — Sur le plan contractuel, il existe aussi le secret.

Je parlais tout à l'heure de l'enregistrement par le biais des agences qui existent. Nous adhérons à une de ces agences qui fait des enregistrements. En l'absence de dépôt et en attendant que ce projet devienne réalité est-ce que cela peut avoir une valeur ?

A. Françon. — Je crois que cela a une valeur probatoire seulement.

A. Lucas. — Je voudrais dire qu'il y a une typologie des programmes à faire. Les problèmes sont très différents selon que l'on a à faire à des logiciels sur mesure très spécialisés dont l'élaboration a nécessité des semaines de travail et qui s'adressent à un public particulier, ou selon que l'on a à faire à un logiciel standardisé. Dans le premier cas, la protection réclamée ne sera pas obtenue sans doute par le droit d'auteur ; il vaut mieux le savoir dès le départ. C'est plutôt vers la protection au titre des brevets d'invention lorsqu'elle est possible qu'il faut se tourner, ou vers une protection spécifique. En revanche, je crois que pour ce qui est du logiciel standardisé le but recherché est de lutter contre les contrefaçons, contre le fait de se servir de repiquages qui permettent à des gens peu scrupuleux d'envahir un marché ; de ce point de vue, le droit d'auteur a le mérite d'exister, d'être assorti de sanction, de procédures de saisie qui sont impressionnantes et efficaces. Il faut le dire aux gens intéressés mais ne pas leur dire que par ce biais là tous les efforts et les investissements intellectuels vont être protégés ; mais ce n'est déjà pas mal d'être protégé contre la reproduction.

C. Le Stanc. — Madame, Messieurs, je tiens à vous exprimer ma gratitude et, pour rester dans la ligne de ce que l'on a évoqué, je voudrais vous remercier non seulement pour l'effort intellectuel personnalisé dont vous avez fait preuve mais également pour les remarques originales qui ont été ici effectuées.

■ LA PROTECTION JURIDIQUE DES LOGICIELS

Christian LE STANC,

Avocat à la Cour de Montpellier,
Professeur au Centre d'Études Internationales de la Propriété Industrielle
de Strasbourg.

La réalisation d'un logiciel représente un investissement, car c'est un bien au sens économique et juridique du terme. Les investisseurs souhaitaient, très légitimement, pouvoir en obtenir une certaine réservation et la question de la protection juridique des logiciels fut souvent compliquée par les difficultés tenant à la détermination de ce dont la protection était précisément discutée (1). Un logiciel, un programme d'ordinateur, est en effet un système d'instructions, exprimées sous une forme particulière, à la destination d'un matériel particulier, en vue d'un résultat très spécifique. Participant de cette forme, de ce matériel et de ce résultat, les logiciels doivent cependant être distingués de chacun d'eux, du moins en ce qui concerne leur régime juridique. C'est pourquoi le logiciel doit, tout d'abord, être distingué de la forme concrète qui l'exprime : jeux de cartes perforées, bandes magnétiques, disquettes, etc... car la protection d'un programme, système purement intellectuel, n'a rien de commun avec la protection de son support, objet purement matériel.

Le logiciel doit, également, être distingué du matériel auquel il s'adresse, même si l'on a pu parfois souhaiter prolonger cette protection du matériel par celle du logiciel dont l'intervention peut commander le fonctionnement. Enfin, bien entendu, le logiciel doit être distingué du résultat que l'on attend de l'ordinateur. Il ne serait pas pertinent de demander à la réservation du programme d'approprier le résultat recherché. Le résultat dont il s'agit n'étant en aucune façon protégeable ; et l'on ne pourrait obtenir par l'éventuelle protection d'un programme la couverture d'un système de gestion, de techniques d'organisation du travail ou autres. Ces diverses exclusions qu'il convient donc d'opérer en quelque sorte d'une manière périphérique, ne facilitent pas pour autant la détermination de ce qui, sous le nom de logiciel, pose le problème de sa protection juridique. Sans doute peut-on, comme hypothèse de travail, retenir la définition donnée par l'Office Mondial de la propriété industrielle dans ses dispositions types sur la protection du logiciel de février 1978 qui prévoyait :

(1) V. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Paris, Litec, n° 180 s.

« i) « programme d'ordinateur », un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un 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 des traitements de l'information ;

« ii) « description de programme », une présentation complète d'opérations, sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions constituant un programme d'ordinateur correspondant ;

« iii) « documentation auxiliaire », toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou une description de programme créée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme d'ordinateur, par exemple les descriptions de problèmes et des instructions à l'usage d'un utilisateur ;

« iv) « logiciel », un ou plusieurs des objets mentionnés au point i à iii. »

Si l'on admet en hypothèse que l'objet dont on parle correspond à la définition qui vient d'être indiquée, il reste alors, puisque c'est le souhait des parties prenantes à ce type de réalisation, d'en observer l'éventuelle protection. On pouvait, tout d'abord, imaginer que le droit n'interviendrait pas dans cette matière et que les techniciens fissent leur affaire de la protection, en créant les dispositifs qui empêcheraient techniquement que des logiciels fussent usurpés, fussent indûment appropriés, fussent indûment reproduits ou commercialisés. La chose est sans doute possible, mais l'expérience montre que l'ingéniosité de ceux qui tenteront d'opérer des blocages techniques pour une protection de fait des logiciels n'aura d'égale que l'ingéniosité de ceux qui chercheront à libérer les verrous des premiers. Il se peut, alors, que l'on cherche à assurer la protection par d'autres voies que les voies purement techniques et il faudra que le droit, peu ou prou, prête la main à cette attitude et protège juridiquement celui qui aura investi dans ces réalisations.

On peut recenser les mécanismes que le droit positif met alors à notre

disposition. La protection juridique des logiciels peut se faire, soit en dehors de tout droit privatif, soit au contraire, mais l'opposition est sans doute plus formelle que réelle, par des droits privatifs. La protection juridique des logiciels par des techniques autres que celle des droits privatifs sera demandée au droit des obligations et sera donc essentiellement fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Le créateur d'une réalisation logicielle pourra, par exemple, vouloir conserver le secret sur le contenu de sa réalisation et, dès lors, demanderait aux tiers à qui il voudrait le communiquer, de respecter contractuellement une obligation de confidentialité dont la méconnaissance déboucherait sur des obligations de réparation prenant la forme de versement d'indemnités. Il se pourrait que ces logiciels ne fussent point secrets mais que, là encore, contractuellement, leur détenteur interdît à des tiers telle, ou telle forme d'utilisation, la sanction de la méconnaissance de l'interdiction se résolvant aussi par une obligation de réparation. On pourrait ici évoquer le régime, à présent bien connu, du contrat de communication, de savoir-faire, ou le droit commun du contrat de travail ou du contrat d'entreprise, comportant implicitement, ou explicitement, des obligations de confidentialité, ou plus généralement, des obligations de ne pas faire. S'il n'y a pas de contrat entre la personne qui aura développé un logiciel et celle qui l'usurpe, qui l'utilise indûment, le reproduit, et d'une manière générale en fait un usage abusif, la première pourra tenter contre la seconde une action en réparation, de caractère délictuel.

Ce sera le terrain d'élection des actions en concurrence déloyale, y compris sous ses infléchissements contemporains provenant de la jeune théorie des agissements parasitaires. On pourra citer en ce sens l'arrêt de la Cour d'Appel de Rouen du 13 janvier 1981 dans l'aff. Jacotet (2) qui a jugé :

« En s'appropriant ainsi le fruit desdites recherches, qui avaient nécessité la mise en œuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient pas nou-

(2) Rouen, 13 janvier 1981, P.I.B.D. 1981, III, 62, sur renvoi de Cass. Com. 3 octobre 1978, Bull. Cass. IV, n° 207.

(3) V. Ph. Le Tourneau, variations autour de la protection du logiciel, Gaz. Pal. 6 juillet 1982, Doctr., p. 370 ; Adde. A. Lucas, la protection des programmes, Rev. de Jurisprudence Commerciale 1979, 478.

(4) Il n'est pas pensable de citer exhaustivement la littérature consacrée à cette question. On se rapportera pour des indications bibliographiques aux ouvrages suivants : A. Lucas, la protection des créations industrielles abstraites, Paris, Litec, coll. Ceipi 1975 ; J.-M. Mousseron, op. cit. n° 180, notes 157 s. ; Bertin et Pinson, les conditions de protection du logiciel en France, Arepit, p. 91 s. ; E. Ulmer et G. Kolle, Copyright protection of computer programs, I.I.C., vol 14, n° 2, 1983.

veaux, ni originaux, et en l'utilisant pour faire fabriquer par une autre Société les réducteurs dont elle lui livrait les plans, prêts à être exécutés, Jacottet a commis envers Minerva une faute délictuelle, distincte des rapports contractuels existant entre eux et qui suffit à justifier le principe de la demande en réparation du dommage causé. »

Pour ne point alourdir les développements que l'on pourrait consacrer à cette question, il convient simplement de préciser quelques points.

En premier lieu, la protection des logiciels en dehors des droits privatifs sera toujours une protection relativement difficile à mettre en œuvre, même en l'état des atténuations que la Jurisprudence peut apporter aux mécanismes généraux de la responsabilité civile, appliquée à ce type de question (3). Il faut toujours que le demandeur, la victime d'une atteinte à son logiciel, fasse la preuve de la faute commise par le tiers, démontre l'étendue du préjudice subi et désigne le lien de causalité entre cette faute et ce dommage. La chose n'est pas toujours aisée, même si les Magistrats ne sont pas toujours exigeants. Il convient, en second lieu, d'observer que les protections fondées sur la responsabilité civile ne sont pas nécessairement exclusives des protections privatives, en ayant un caractère en quelque sorte subsidiaire. Si l'on admet, en effet, qu'il n'est pas possible de protéger privativement les logiciels, ce qui n'est certainement point vrai, seules les techniques de responsabilité, ou plus généralement les techniques dérivées du droit des obligations, pourront apporter une certaine protection au réalisateur d'un logiciel. En revanche, si l'on admet que les protections privatives sont imaginables sur ce type de création, les actions en responsabilité auront un caractère résiduel, notamment si l'attitude du tiers qui porte atteinte à la création réservée n'est pas une attitude sanctionnable en soi par la technique des droits privatifs. Il faut ici illustrer le propos. A supposer qu'un certain régime de protection privative couvre, par exemple, la reproduction d'un logiciel, mais ne couvre pas son usage par un tiers, il semble alors, dans la mesure où

l'action en concurrence déloyale serait fondée en ses éléments constitutifs (ou l'action en responsabilité pour agissements parasites) que ce type de démarche pourrait être utile, en quelque sorte par surcroît. Il va sans dire toutefois que le créateur d'une technique serait infiniment mieux protégé, si on lui reconnaissait la possibilité de se prévaloir sur sa création d'un droit privatif. Étant, en effet, propriétaire de sa réalisation au sens que donne à ce terme le droit de la propriété intellectuelle, le créateur pourrait alors sanctionner toutes les atteintes que des tiers porteraient à ses droits, sans qu'il les ait autorisées, en dehors de toute idée de faute, en dehors de toute nécessité d'établir de préjudice. On sait, par ailleurs, que le régime du droit privatif est infiniment plus protecteur que les techniques fondées sur la responsabilité civile, notamment dans le domaine des propriétés incorporelles, en raison de l'existence d'un arsenal civil et pénal particulier pour la préconstitution des preuves et la cessation des atteintes. Si donc, sans exclure les questions de responsabilité, le réalisateur d'un logiciel désire se protéger des tiers qui voudraient indûment profiter de son investissement, la tentation sera grande de solliciter du droit une protection privative.

Le problème est agité depuis déjà nombre d'années (4), mais c'est tout récemment que divers indices ont permis de se faire une opinion sur la nature de la protection privative des logiciels, nature à laquelle il conviendra de consacrer le premier temps de cette étude. Celle-ci étant aujourd'hui, semble-t-il, déterminée, d'autres séries de questions apparaissent alors immanquablement, concernant les personnes qui pourront, à un titre ou un autre, se prévaloir de cette protection privative. Le second temps du développement sera alors réservé aux bénéficiaires de la protection privative des logiciels.

I. — NATURE DE LA PROTECTION PRIVATIVE DES LOGICIELS

Il n'est guère contestable, comme on l'a vu, qu'une réalisation de logi-

ciel soit à ranger dans la catégorie des biens incorporels. Dès lors, un certain nombre d'hypothèses sont offertes quant à la nature de cette protection privative et l'on pourra tenter de solliciter les droits de propriété incorporelle. Sans doute le droit des marques, résultant en France de la loi du 31 décembre 1964 peut être de quelque utilité. Il faut cependant s'empressez d'en observer les limites, car l'on pourra affecter un logiciel d'un signe distinctif pour fidéliser une clientèle, mais seul le signe distinctif sera approprié au sens de la législation sur les marques et non pas, bien entendu, la création que ce signe désignerait. Deux solutions restent alors possibles pour réserver les réalisations informatiques : la première recourant au droit des brevets d'invention, régi en France en dernier lieu par la loi du 13 juillet 1978, semble devoir être écartée ; la seconde, utilisant le droit d'auteur, régi en France par la loi du 11 mars 1957, paraît devoir être retenue.

A. — SOLUTION ÉCARTÉE : LE DROIT DE BREVET D'INVENTION

La question de la brevetabilité des logiciels se pose depuis un certain temps déjà et à son propos ont été évoqués des arguments d'opportunité et des arguments de faisabilité. Certains pensaient que la protection par brevet de ces créations serait, conformément à la philosophie du système des brevets d'invention, une incitation à la recherche en matière de software ; mais d'autres alléguaient notamment dans les années 1965-1968 l'inopportunité de cette réservation en raison du frein qu'elle aurait pu apporter au développement, notamment, français de l'informatique et de sa diffusion. Plus pertinents sans doute étaient les arguments en termes de faisabilité de la réservation de ces créations par patente tant sous l'aspect technique que sous l'aspect juridique. Concernant l'aspect technique, nombre d'observateurs faisaient état des difficultés qu'il y aurait à mettre en œuvre le système des brevets à propos des réalisations logicielles pour la formulation des revendications ; pour l'appré-

ciation de la nouveauté ; pour l'appréciation de l'activité inventive ou pour l'opposition du brevet à une exploitation suspecte de contrefaçon. Déterminer dans ces hypothèses les ressemblances ou les dissemblances entre deux créations logicielles rencontrerait des obstacles tenant tantôt à une connaissance suffisante des logiciels antérieurs constitutive de l'état de la technique, tantôt à l'observation des créations ultérieures éventuellement contrefaisantes. Concernant la faisabilité juridique, les droits positifs sont parvenus à un principe d'écart de la brevetabilité, principe qui subit cependant quelques atténuations.

1) Principe. Après un certain nombre d'hésitations sur ce problème des interventions législatives importantes se sont manifestées. En l'absence de texte spécifique la question de la brevetabilité des créations logicielles était diversement résolue dans les différents pays. Les pays anglo-saxons avaient paru un temps assez favorables à la protection et en Grande-Bretagne, notamment, des méthodes de commande d'ordinateur, des ordinateurs programmés et même des cartes perforées avaient été considérés comme brevetables (5).

Aux États-Unis, la Court of customs and patent appeals avait admis à plusieurs reprises la brevetabilité de logiciels jusqu'à un premier arrêt de la Cour Suprême dans une affaire *Gosttschalk v. Benson* en 1972 qui mit un terme à cette jurisprudence. Une nouvelle période fut introduite par l'arrêt *Diehr et Lutton* rendu en 1981 qui admit la brevetabilité d'un procédé de vulcanisation de caoutchoux synthétique dont plusieurs phases comportaient l'utilisation de formules mathématiques et d'un ordinateur programmé (6). En République Fédérale Allemande le Patentamt s'était déclaré favorable à la protection sous la forme de procédé et, par une décision du 28 mai 1973, le Bundespatent Gericht avait accepté un brevet portant sur un programme (7) ; l'année suivante, cependant, la jurisprudence devenait sévère (8). La plupart des autres pays, comme la Suisse, l'Autriche, les Pays-Bas refusaient la réservation des programmes d'ordinateur

en raison de ce qu'ils étaient des procédés intellectuels et telle paraissait être la solution applicable en France sous le régime de la loi de 1844. Peu à peu, les diverses lois nationales édictèrent des textes prohibant la réservation des logiciels par le Droit des brevets, solution qui fut reprise par la Convention de Munich sur le brevet européen. Le législateur français fut le premier à intervenir par la loi du 2 janvier 1968 et, dans les travaux préparatoires, on avait insisté sur le fait que l'application d'un algorithme à un problème donné de programmation pouvait avoir, certes, un objet industriel et présenter un intérêt certain pour l'industrie mais que cette démarche ne satisfaisait pas pour autant à l'exigence de résultat industriel tel que la Jurisprudence française antérieure à la réforme la définissait.

En effet, pour être brevetable, une invention devait avoir un résultat matériel c'est-à-dire : « un effet tangible, utile, palpable. » L'article 7 alinéa 2°-3° du texte français de 1968 disposait en ce sens : « ne constituent pas en particulier des inventions industrielles... 3°... tous systèmes de caractère abstrait et notamment, les programmes ou série d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice. »

Il n'y avait pas pour l'application de cette disposition à distinguer par ailleurs selon que le logiciel débouchait sur des informations ou débouchait au contraire sur des instructions données à un dispositif industriel automatisé. Cette précision était donnée par la Cour de Paris le 22 mai 1973 dans l'affaire *Mobil Oil* (9). Ultérieurement la loi polonaise du 19 octobre 1972 écartera la brevetabilité des programmes ; la loi allemande modifiée le 3 décembre 1976, ainsi que le Patent Act de 1977 du Royaume-Uni. Après beaucoup d'hésitations, la Convention de Munich, en son article 52 paragraphe 2 c in fine a édicté une interdiction très générale en la fondant sur le défaut d'invention. Ce texte dispose :

« ne sont pas considérées comme des inventions au sens du paragraphe 1... les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de

(5) V. F. K. Beier, *Future problems of Patent Law*, I.I.C., 1972, 423.

(6) *Cour Suprême des États-Unis*, 3 mars 1981, S.P.O., W.A.S., vol. 208, n° 8.

(7) (1973)Mitt. 171.

(8) V. G. Kolle, *The patentability of computer software in Europe and under the international patent treaties*, in Brett et Perry, *the legal protection of computer software*, E.S.C. publishing Ltd, Oxford 1981, p. 51 s.

(9) Paris, 22 mai 1973, P.I.B.D. 1973, 107, III, 197 et Com. (rejet) 28 mai 1975, P.I.B.D. 1975, 155, III, 349 ; *Dossiers Brevets 1975*, V, 2.

(10) C. IV, 2, 1, p. 31.

(11) Paris, 31 mars 1977, Ann. 1977, 179, note Reboul ; *Dossiers Brevets 1977*, V, 1 ; Com. (rejet) 22 mai 1979, P.I.B.D. 1979, 242, III, 284 ; *Dossiers Brevets 1979*, VI, 1.

(12) Paris, 15 juin 1981, *Dossiers Brevets 1981*, III, 1 ; Ann. 1982, 26, note P. Mathely. La Cour poursuit : « qu'une telle solution aboutirait en effet à exclure du domaine de la brevetabilité la plupart des inventions importantes récentes qui nécessitent l'intervention d'un programme d'ordinateur et qu'une telle solution aboutirait à des résultats aberrants sur le plan pratique ; Considérant dès lors que ne peut être retenue l'argumentation selon laquelle ne peut constituer une invention industrielle brevetable un programme d'ordinateur, sans qu'il y ait lieu de distinguer si celui-ci peut, ou non, permettre d'obtenir un résultat industriel. »

jeux ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs. »

Cette formulation sera reprise trait pour trait dans la nouvelle version de la loi française des brevets du 13 juillet 1978.

2) Atténuations. Il convient cependant de prendre la juste mesure de cette exclusion de la brevetabilité des créations logicielles et observer que l'article 6 de la loi française comme l'article 52 de la Convention de Munich n'empêchent la protection des programmes que dans la mesure où ils sont revendiqués en tant que tels. Sur ce point, les directives européennes précisent :

« si la contribution à l'état de la technique consiste uniquement en un programme d'ordinateur, l'objet de l'invention n'est pas brevetable de quelque manière qu'il soit présenté dans les revendications. Par exemple, une revendication relative à un ordinateur caractérisé en ce que le programme particulier est stocké en mémoire ou relative à un procédé pour le fonctionnement d'un ordinateur sous contrôle du programme, ne pourrait donner lieu à la délivrance d'un brevet, pas plus qu'une revendication relative au programme en tant que tel ou au programme enregistré sur bande magnétique (10) ».

A l'observation de ces dispositions on peut se forger des certitudes mais on rencontre aussi des difficultés. Les certitudes sont que les exclusions de brevetabilité ne concernent pas, en premier lieu et bien entendu, les dispositifs matériels qui permettraient le fonctionnement, la mise en œuvre des logiciels : une calculatrice ou certains de ses éléments peuvent parfaitement être brevetés s'ils répondent par ailleurs aux conditions de la brevetabilité. L'exclusion de la brevetabilité ne vise pas non plus les dispositifs matériels que l'on pourrait obtenir, notamment, grâce à la mise en œuvre d'un ordinateur et par conséquent d'un ou plusieurs logiciels. En ce sens une décision Technicon en Droit français a admis la brevetabilité d'un tel dispositif matériel (11). Les difficultés se rencontrent en ce qui concerne les procédés industriels qui sont mis en œuvre à l'aide de réalisations logi-

cielles. On doit alors estimer que si le procédé est brevetable, le fait que l'on puisse recourir pour son exécution à un ordinateur, et par conséquent à un logiciel, ne l'exclut pas pour autant du Droit des brevets, c'est ce que l'on pouvait inférer à contrario de la décision Mobil Oil de la Cour de Cassation française du 28 mai 1975 ; c'est ce que l'on peut tirer de la claire décision rendue par la Cour de Paris le 15 juin 1981 dans l'affaire Schlumberger. La Cour a pu juger :

« considérant qu'un procédé ne peut être privé de la brevetabilité pour le seul motif qu'une ou plusieurs de ses étapes sont réalisées par un ordinateur devant être commandé par un programme (12) ».

Si la solution précédemment évoquée est relativement limpide ; la question s'obscurcit lorsqu'on cherche à faire le départ entre ce qui serait programme d'ordinateur revendiqué en tant que tel et donc non brevetable et procédé qui ne revendiquerait en définitive que la mise en œuvre d'un programme d'ordinateur. Sans doute, en ce qui concerne la convention de Munich, les directives évoquées plus haut sont-elles nettes à cet égard. Cependant, des propositions favorables à la brevetabilité semblent résulter du projet de Guidelines diffusé en février 1983 par la DG2 de l'Office Européen des Brevets. On y lit par exemple :

« procédé pour l'exploitation d'un ordinateur, pouvant être considéré comme une invention au sens de l'article 52 (1) : un programme d'ordinateur ou un procédé pour l'exploitation d'un ordinateur peut, sous certaines conditions, être considéré comme invention au sens de l'article 52 (1) ; ces conditions sont réunies -a) lorsque le programme ou le procédé nécessite pour leur mise en œuvre un ordinateur dont le matériel soit spécialement conçu, autrement dit un ordinateur nouveau au sens de la règle 30 b ou -b) lorsque le programme ou le procédé est mis en œuvre à l'aide de l'ordinateur connu et que, dans ce cas, (alpha), le matériel impliqué dans la mise en œuvre du programme n'est pas utilisé de façon habituelle (soit que le matériel remplisse une nouvelle fonction, soit

qu'il serve à de nouvelles fins techniques), et lorsque, (beta), un effet technique nouveau est obtenu ».

Il conviendra, encore, que l'invention dont il s'agira dans ce cas réponde par ailleurs aux conditions de la brevetabilité posées par le texte.

En conclusion de ce point on peut avancer que l'on rencontre ici un difficile problème de frontière entre ce qui est programme en tant que tel, non brevetable, et procédé pour l'exploitation d'un ordinateur pouvant être alors jugé brevetable. Sur le plan pratique, la distinction laisse relativement perplexe même si, notionnellement, on peut arriver à faire clairement la césure en ce qui est, au regard du Droit des Brevets, procédé éventuellement brevetable et méthode non brevetable. On peut alors ajouter qu'en dehors de situations excessivement particulières il y a semble-t-il péril à solliciter le Droit des brevets d'invention pour assurer la réservation des réalisations logicielles.

B. — SOLUTION RETENUE : LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Depuis un certain nombre d'années la pratique tente de solliciter un autre type de protection privative et essaye d'envisager le logiciel non pas sous l'angle de son possible contenu inventif mais sous celui de sa forme d'expression et s'efforce de le qualifier d'œuvre au sens du Droit d'auteur. La démarche, en France, notamment, a tantôt suscité quelques ricanements sarcastiques, tantôt a été prise tout à fait au sérieux. Des éléments, à présent assez nombreux, permettent de croire à la pertinence du projet... Tout d'abord un certain nombre d'États ont légiféré ou doivent incessamment modifier leur législation pour utiliser le Droit d'auteur à la protection des logiciels.

Les États-Unis ont modifié leurs dispositions par une loi 96517 du 13 décembre 1980 ; Taïwan a admis ce type de protection en 1981 ; en Grande-Bretagne où les problèmes ne se posent pas d'une façon sensible en raison de la souplesse du sys-

(13) V. A. Wilson, *The protection of computer programs under Common Law, in Legal protection of computer Software, op. cit.*, p. 75 s. Adde, *Reform of the Law relating to copyright, design and performers protection, a consultative document, July 1981, chapter 8, « computers », pp. 33-35.*

(14) Des programmes enregistrés sur microplaquettes de semi-conducteurs ont d'ores et déjà été protégés par la législation sur le droit d'auteur, aux États-Unis dans l'affaire *Tandy Corp. c/Personal Micro Computer* (524 F. Supp. 171, 214 U.S.Q.P. 179, N.D. Cal. 1981) ; au Japon, aff. *Nanco. Ltd c/Jackson Ltd* (Tokyo Shova 57 Y. O.2544). Des programmes sous forme de Code source ont été réservés, G.C.A. Corp. c/Chance - U.S.P.Q. - N.D. Cal. 1982, aux États-Unis ; sous forme de Code objet également : G.C.A. Corp. c/Chance cit. : *Williams Electronics c/Artis international Inc.* ; *Taito c/Ing Enterprise*, 6 décembre 1982, au Japon. En République Fédérale Allemande, des décisions sont dans le même sens : *Cour de Mosbach*, 1982, *Betriebs-Berater* 30 août 1982, p. 1443 ; de *Munich*, 21 décembre 1982 ; de *Kassel* du 21 mai 1981. En Grande-Bretagne, aff. *Gates c/Swift* 1982, R.P.C. n° 13 et *Sige c/Richards*, juin 1982 ; Aux Pays-Bas, aff. *Vector International, Microsoft Inc. et autres c/Biasc Computer System*. Enfin, en matière de jeux vidéo, de manière assez voisine, les décisions sont dans le sens de la protection. Aff. *Stern Electronics c Kaufman*, 213 U.S.P.Q. 443, C.A. 2 January 20, 1982 ; *Atari Inc. c/Amusement World* - U.S.P.Q. - D.M.d. November 27, 1981 ; *Atari c/North American Philips Consumer Electronics* - U.S.P.Q. - C.A. 7 March 2, 1982 aux États-Unis ; les affaires *Nanco et Taito pour le Japon*.

(15) Paris, 22 nov. 1982, *Dossiers Brevets* 1982, VI, 1 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, 117 note J.R. Bonneau ; E.I.P.R., oct. 1983 note C. Le Stanc, D. 1982, I.R. 481 ; P.I.B.D. 1982, 314, III, 261. Adde, C. Le Stanc, *La protection des programmes et ordinateur par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, Dossiers Brevets 1979, IV et Copyright protection of computer software in civil law countries, in, Legal protection of computer software Oxford, E.S.C. publishing Ltd 1981, p. 92 s.*

(16) Trib. Corr. Paris, 9 mars 1982, *Dossiers Brevets* 1982, I, 2 ; *European Intellectual Property review*, oct. 1982, 293, note C. Le Stanc.

(17) Trib. Corr. Paris, 8 décembre 1982, *Dossiers Brevets* 1983, V, dans le même sens sur une affaire, en Italie, Tr. Turin, 12 septembre 1983, n° 8851/82 ; *Soc. Atari inc.* + F. LLi Bertolino c/soc. Sidom, inédit.

(18) Trib. Grande Inst. Paris, réf. 14 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 468 note J.-R. Bonneau ; D. 1983, I.R. 308.

(19) Trib. Grande Inst. Paris, 21 septembre 1983, D. 1983, 79, note C. Le Stanc.

(20) R. Plaisant, *la protection du logiciel par le droit d'auteur (programme d'ordinateur)*, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1983, *Doctr. p.* 2 à 4.

(21) V. R. Stern, *la protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux U.S.A.*, P.I. 1982, pp. 157-176 et 186-197.

(22) *Id. ibid.*

(23) Paris, 25 juillet 1914, *Ann.* 1919, 53.

tème (13) ainsi qu'au Canada, des projets sont en cours qui doivent incessamment aboutir. Par ailleurs, appliquant les textes tels qu'ils étaient un grand nombre de décisions jurisprudentielles étrangères favorables sont aujourd'hui intervenues qui paraissent bien ranger les adversaires du système dans la catégorie des combattants d'arrière garde (14). La France pour sa part n'est pas en reste dans le concert des nations, et, à propos de l'affaire *Pachot*, tant le Tribunal de Grande Instance de Bobigny que le Tribunal de Commerce de Paris et la Cour d'Appel de Paris ont expressément admis la protection des logiciels par la technique du Droit d'auteur (15). Cette position avait été discrètement annoncée par une décision du Tribunal de Paris dans une affaire *Williams electronics c/ Presotto Jeutel* (16) reprise en 1982 dans les affaires *Attari* (17) ; cette solution de la Cour d'Appel de Paris fut maintenue dans une ordonnance de référé du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 14 juin 1983 (18) et récemment dans la même affaire *Apple c/Golem*, dans un jugement au fond rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 21 septembre 1983 (19). On doit donc admettre que la rencontre des logiciels et du droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas de caractère surréaliste et tenir pour acquise la possibilité d'une protection des logiciels par Droit d'auteur ; sauf peut-être à évaluer l'efficacité de cette protection.

1) Possibilité d'une protection par le Droit d'auteur. Pour assimiler les logiciels à des œuvres protégeables par la législation sur la propriété littéraire et artistique, l'interprète et le juge, notamment français, ont rencontré une triple série de difficultés tenant au domaine, à la nature et au caractère de l'œuvre protégée par le droit d'auteur ; difficultés qui ont semble-t-il, été surmontées.

a) Observations sur le domaine de l'œuvre protégée. Certains se sont étonnés du rapprochement entre la création industrielle absente de l'œuvre protégée par le droit d'auteur et l'œuvre littéraire tant il semblait y avoir d'opposition entre les deux adjectifs industriel et littéraire. Une partie de la Doctrine désirait alors

réserver l'application de cette législation aux seules œuvres esthétiques. Cette position est encore soutenue par le Professeur Plaisant dans un article très récent à la *Gazette du Palais* dans laquelle il écrit :

« nous pensons donc qu'il ne peut pas y avoir droit d'auteur sans qu'il y ait originalité de caractère esthétique c'est-à-dire littéraire ou artistique (20). »

Cette attitude restrictive n'a jamais été retenue véritablement par les droits positifs même si certaines législations utilisent des démarches diversifiées pour décrire leur champ d'application. En fait dans la plupart des pays on a toujours admis que la destination d'une œuvre n'avait pas à entrer en ligne de compte pour la reconnaissance de la protection et la loi française l'a dit expressément, codifiant une Jurisprudence homogène qui a protégé des almanachs, des catalogues, des recueils d'adresse, des panneaux publicitaires, des plans touristiques et, même, un panier à salade. De finalité utilitaire et de contenu scientifique, le logiciel ne doit donc pas être exclu à priori du domaine de l'œuvre protégée par le Droit d'auteur et c'est ce que les décisions françaises précitées ont accepté sans s'émouvoir.

b) Observations sur la nature de l'œuvre protégée. Il est habituel, dans la plupart des pays, de réserver la protection du Droit d'auteur aux œuvres qui ont une nature particulière en ce sens qu'elles sont des formes concrètes s'adressant au sens, à quoi on oppose l'idée qui est de « libre parcours » et donc non susceptible d'appropriation. Ces deux termes de « formé » au sens d'expression et de « concrète » au sens de non abstrait appellent au regard du logiciel quelques remarques.

Le logiciel est-il une forme, une expression au sens du Droit d'auteur ? Le logiciel est-il une forme concrète seule susceptible de réservation ? Concernant la réponse à la première question, la difficulté provient de ce qu'un logiciel ne se présente pas sous une forme fixée par un écrit au sens habituel du terme, car il n'est pas véritablement destiné au sens ou à l'esprit de

l'homme mais en fait à la machine. Pour savoir alors si le logiciel peut être protégé, il faut se demander si l'expression pour être réservée doit avoir une fixation particulière et doit avoir un destinataire particulier. Dans les pays d'Europe la fixation d'une œuvre et son dépôt auprès d'un quelconque organisme ne sont pas requis comme conditions de la protection par le Droit d'auteur. Ce droit naît en raison de la création et non pas en vertu d'un dépôt. Cette solution est tout à fait traditionnelle et semble parfaitement satisfaire tous les intéressés. La preuve, sans doute, peut être alors difficile à rapporter mais cela est sans influence sur l'existence du droit. On s'est demandé cependant si la création devait être formalisée, par exemple, par un document écrit et la réponse est négative notamment pour des pays comme le Luxembourg, les Pays-Bas et la France sauf quelques exceptions pour les pantomimes ou les œuvres chorégraphiques. Par voie de conséquence, il peut y avoir parfaitement œuvre protégeable même si l'expression n'en est pas fixée et notre Droit comme ceux de nos voisins protège les cours, les conférences, les sermons, les discours et les improvisations. La fixation n'étant pas nécessaire à la protection de l'expression, la forme de fixation doit être observée comme indifférente à la réservation d'une expression. La question toutefois ne se présente pas de la même manière aux États-Unis (21). Par ailleurs, la Doctrine, spécialement française, du Droit d'auteur estimait qu'il ne peut y avoir d'expression protégeable que pour autant que l'expression est perceptible au sens et à l'esprit c'est-à-dire, au sens et à l'esprit de l'homme qui serait le destinataire du message. C'est pourquoi certains auteurs étaient hostiles à la protection du logiciel par le Droit d'auteur en ce qu'il ne serait pas perceptible et non destiné à l'homme. Le P^r Lucas avait été sensible à cette idée, reprise par le P^r Plaisant dans son récent article (22).

L'argument n'est pas nécessairement convaincant et on a fait valoir que des œuvres non directement intelligibles n'en étaient pas moins des œuvres protégeables. Il en est

ainsi de tous les langages codés ou de toutes les formes d'expression qui nécessitent une clé, un intermédiaire technique pour être perceptible, par exemple un magnétophone. Faut-il enfin que le destinataire soit un être humain ? Sans doute ce fut le cas depuis les origines du Droit de la propriété littéraire et artistique mais la situation est aujourd'hui nouvelle car la signification d'une œuvre de logiciel n'est pas destinée à autrui mais à la machine. Le Pr Ulmer écartait pour sa part cette objection en soulignant qu'on n'avait jamais refusé la protection par le Droit d'auteur à des journaux intimes qui, par définition — suspecte peut-être — n'étaient pas destinés à la publication et qui devaient rester secrets si le rédacteur en avait ainsi décidé. C'est pourquoi la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris rendue dans l'affaire Apple c/Golem, le 21 septembre dernier, semble parfaitement satisfaisante en jugeant :

« si les programmes d'ordinateur ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun comme le sont les œuvres littéraires ou plastiques, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription sur divers supports matériels tels que listings, écrans ou enregistrements magnétiques ; que si, à l'évidence, leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine cette seule particularité n'est pas de nature à les exclure de la catégorie des œuvres de l'esprit, pas plus que n'en sont exclues, par exemple, les compositions musicales qui sont, elles aussi, exprimées en un langage codé et complexe dont la compréhension immédiate suppose une éducation spécialisée ; que d'ailleurs les programmes d'ordinateur deviennent intelligibles par le truchement d'un instrument, l'ordinateur, qui en révèle les possibilités aux non initiés comme la voix ou tout instrument mécanique de musique révèle le contenu des partitions musicales. »

Le logiciel est-il une expression concrète ? On oppose habituellement dans le droit de la propriété incorporelle les réalisations de fond telles que les inventions brevetées qui appartiennent à leur auteur le contenu intellectuel de la création et les

réalisations de forme, marques, droits d'auteur, qui n'approprient que l'aspect extérieur indépendamment du fond. L'enjeu de la sollicitation du Droit d'auteur par les réalisateurs de logiciel est d'essayer de mordre un peu sur cette opposition classique et de réserver dans une juste mesure la solution technique que le logiciel met en œuvre. En effet, la protection de la seule forme n'étant pas de très grand intérêt. Or, classiquement, le Droit d'auteur pose un principe très net d'exclusion des idées mais ce principe semble subir quelques aménagements. La justification du principe d'exclusion repose, dans le domaine scientifique, sur l'observation qu'il convient de favoriser la recherche et c'est une des raisons du refus de la brevetabilité aux pures théories scientifiques. Dans le domaine littéraire la justification de ce principe repose sur la considération que la liberté d'expression serait terriblement compromise si les idées pouvaient être appropriées : toute création serait alors entravée. Toutefois, ce principe qui est clairement et hautement affirmé doit être atténué par l'observation du droit positif. Au fil des décisions on s'aperçoit que tantôt une protection indirecte est accordée à l'idée, tantôt même une protection directe est clairement affirmée. Dans une affaire jugée par la Cour de Paris en 1914 le réalisateur d'un film avait emprunté à une pièce qui s'appelait Bloemfield et C^{ie} le thème de l'introduction de la chair humaine dans des préparations alimentaires ainsi qu'une péripétie principale : la découverte d'une bague au milieu d'un repas, dans un pâté. Les intrigues étaient pour le surplus différentes. On jugea qu'il n'y avait pas plagiat — licite — mais contrefaçon punissable (23). Il est vrai que dans d'autres espèces, semblables, l'appropriation du thème ne fut pas retenue. Par ailleurs, sont protégées, on le sait, les œuvres de pure compilation : anthologies, les recueils de morceaux choisis, les annuaires, les catalogues et dans ces conditions la protection légale s'étend bien au-delà de la pure expression consistant en des textes déjà connus ou des adresses et des données inprotégeables en elles-mêmes. L'explication de cette attitude des droits positifs peut alors s'effectuer en

ayant recours au critère de composition, d'origine française ou au critère de forme interne d'origine allemande. Dans la conception française qui fut présentée par le Pr Desbois, une œuvre littéraire se réaliserait en trois stades : le choix du thème, la composition des matières, et l'expression proprement dite. Cette analyse en trois temps permet de rendre compte de la Jurisprudence qui autorise parfois une protection au-delà de la forme même. Sont ainsi réservés à l'auteur, semble-t-il, les deux derniers stades : l'expression et la composition, c'est-à-dire, non seulement la forme littérale mais aussi l'aménagement du thème, par exemple le plan, le déroulement de l'intrigue et l'enchaînement des matières. Dans cet ordre d'idée, la Cour de Paris en 1971 a même sanctionné pour contrefaçon un metteur en scène de théâtre qui s'était inspiré d'une autre mise en scène antérieure de la même œuvre (24). On a ainsi reconnu protection aux instructions que le metteur en scène donne par exemple sur la composition des différents tableaux, sur l'emplacement et le choix des accessoires, sur la nature des décors, sur le ton des paroles que les acteurs ont à prononcer, sur leurs entrées, leurs sorties et plus généralement leur comportement. Le droit positif était donc prêt à accueillir la protection des logiciels dans cette perspective. On a pu même aller plus loin et conférer une protection directe à l'idée, par exemple dans une décision rendue par la Cour d'Appel d'Aix le 13 janvier 1958 et dont le pourvoi formé fut rejeté qui a jugé :

« Benoît soutient à bon droit que toute création résultant d'un travail personnel de l'esprit et de l'intelligence et constituant une production originale soit par la forme soit par le fond, bénéficie de la protection assurée par la loi » (25).

Dès lors, la forme concrète ne semble pas faire l'objet exclusif de la protection et une certaine appropriation de l'idée s'avère possible. Si l'on reprend la distinction entre composition et expression on est alors tenté de voir dans ce que l'on appelle : les spécifications détaillées, l'organigramme, l'ordino-gramme, la composition du programme et dans les instructions

rédigées, quelle qu'en soit la forme, l'expression du programme.

c) Observations sur le caractère de l'œuvre protégée. Le dernier problème que l'on rencontre sur cette matière tient à l'exigence manifestée par la plupart des droits nationaux d'un caractère personnel, original, de l'œuvre protégée. C'est généralement par le thème « d'œuvre » employé par les diverses lois que s'effectue le départ entre ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas ; la notion d'œuvre exclut par conséquent le résultat quelconque d'une activité indéterminée dans le domaine artistique, littéraire ou scientifique. Ce critère est très vague mais il ne faut pas en conclure que seules les œuvres achevées bénéficient de la protection. Un projet, une esquisse peuvent parfaitement être une œuvre pour autant que l'exigence d'expression soit remplie. En revanche le mérite de l'œuvre est sans importance pour la protection, le principe en est communément acquis et la loi française pour sa part le dit expressément. Pour le surplus, on admet un peu partout (et le soin de l'interprétation de la notion d'œuvre est généralement laissée à la doctrine et à la Jurisprudence), que l'originalité exigée peut différer selon les créations et qu'elle peut s'étendre à la notion d'effort intellectuel personnalisé. Ceci par exemple explique la protection que l'on reconnaît aux photographies non seulement artistiques mais purement documentaires ou aux réalisations à propos desquelles la loi interdit de se préoccuper de la destination : par exemple ce qui a été protégé comme les annuaires, les indicateurs de chemin de fer etc... Si donc cet effort intellectuel individualisé est protégeable lorsqu'il est exprimé, certains observateurs se sont demandés si la réalisation d'un logiciel correspondait à cette définition ou si, au contraire, la logique en imposait l'expression. Les experts sur ce sujet estiment alors que la création d'un logiciel peut parfaitement traduire la personnalité de son auteur, spécialement si le programme est complexe et ne pas résulter nécessairement de l'application d'une logique purement contraignante. C'est ce

(24) Paris, 8 juin 1971. R.I.D.A. 1973. 134.

(25) Aix, 13 janvier 1958. D. 1958. 142.

(26) Dec. Cit. On retrouvera dans cette décision le fidèle écho de l'opinion du Professeur Desbois concluant à la possible originalité d'un programme d'ordinateur : « Le droit d'auteur en France. Dalloz 1978. p. 56 s. » : « Le seul fait que la présentation puisse différer apporte la preuve que le choix, fait par tel spécialiste dans la composition et l'expression, lui est personnel et a, par conséquent, un caractère original. Les programmes d'ordinateurs présentent le plus souvent une telle physionomie : ceux qui les préparent sont appelés à exercer des choix : l'une des formules sera plus brève qu'une autre ou l'ordre des éléments se prêtera à diverses combinaisons, sans que le résultat final diverge. — M. le Professeur Eugen Ulmer (« la protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier », exposé fait aux Journées d'études de l'Association littéraire et artistique internationale à Paris en juillet 1972. compte rendu établi par l'A.L.A.I., p. 176 et s. ainsi que « in » R.I.D.A., n° d'oct. 1972), faisant état de renseignements fournis par des experts, observe que « la possibilité de la coïncidence ne saurait être écartée pour des programmes courts et simples. En principe, cependant, il existe toujours une certaine possibilité de choix qui fait que les programmes mis au point par différents programmeurs pour la solution d'un même problème s'écartent de plus en plus les uns des autres au fur et à mesure que les programmes deviennent plus complexes ». Il conclut : « dans l'ensemble, cette réponse va dans le sens d'une protection possible des programmes d'ordinateurs ». (p. 188). — La clé de la solution réside dans le critère fondé sur des manifestations de personnalité dans la présentation du programme. Dès lors que les programmeurs ont à choisir entre plusieurs modes de présentation et d'expression, les droits d'auteur peuvent entrer en jeu. Une comparaison vient à l'esprit entre le cas des programmes et celui des traductions : le seul fait d'avoir pu opter entre plusieurs expressions par des variantes, dont les Juges n'ont pas à apprécier les mérites et les défauts respectifs, et d'avoir opté pour l'une plutôt que pour l'autre révèle la personnalité du traducteur. Il serait évidemment absurde de soutenir qu'une opération arithmétique, telle qu'une addition ou une division, donne prise à la personnalité de l'opérateur, car il ne s'agit que de l'application brutale, nécessaire d'un mécanisme intellectuel ; mais tel n'est pas le cas, de l'avis des spécialistes, pour les programmes d'ordinateurs.

(27) Dec. cit. note C. Le Stanc précit.

qu'a affirmé par exemple en France le 11 décembre 1978 le Tribunal de Grande Instance de Bobigny ; c'est ce qu'a clairement dit la Cour d'Appel de Paris le 2 novembre 1982 dans cette même affaire Pachot en jugeant :

« considérant que l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression, allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité ». (26)

Le Tribunal de Grande Instance de Paris dans l'affaire Apple reprenant à son compte l'opinion de l'expert commis, déclare :

« l'expérience montre que des programmes ayant les mêmes fonctions et réalisés par des programmeurs différents présentent de nombreuses variations déjà lors qu'ils sont simples, peu volumineux et écrits en langage évolué (...). Les logiciels dont les listings sont fournis, sont complexes et volumineux et écrits en langage assembleur et ces similitudes ne s'expliquent pas davantage par le contexte technique. Les similitudes relevées ne peuvent s'expliquer par les normes et standards de programmation. L'évidence commande donc de retenir le caractère d'œuvre de l'esprit au programme d'ordinateur. »

En conclusion de ce point on pourra, et spécialement en France, considérer comme acquise la protection des logiciels par le droit d'auteur dans la mesure où ces œuvres répondent bien aux diverses conditions de la réservation. Les décisions qui sont déjà intervenues tant en France qu'à l'étranger permettent au surplus d'écarter toute distinction tenant à la catégorie de logiciels en cause. Concernant des logiciels dits communément d'application, tant le code source que le code objet sera dès lors protégé, peu important par ailleurs qu'il s'agisse de logiciels spécifiques ou de logiciels standards appelés aussi produits-programmes. Peu importe également en France tout au moins

la manière dont ce logiciel se trouve supporté : disquettes, listings, documents divers, (ROM), circuits intégrés etc... Il ne me semble pas non plus qu'il faille faire de différence entre les logiciels au sens habituel du terme et les jeux vidéo, même si les décisions rendues ici ou là s'attachent davantage à la représentation sur un écran de formes, particulières et colorées. L'apparition de ces formes étant générée par des dispositifs qui ne sont autres que des logiciels d'ordinateur. Enfin, la décision Apple du mois de septembre 1983, rendue par la juridiction parisienne, confère la protection de la loi de 1957 à cette fois, des logiciels d'exploitation que l'on appelle aussi logiciels de base. Et conformément à ce que l'on vient d'indiquer, le jugement précise :

« s'il est vrai que la technologie conduit de plus en plus à intégrer les programmes d'exploitation aux mémoires, ceux-ci n'ont pas, de ce seul fait, changé de nature ; à considérer les circuits intégrés on s'aperçoit que la manière dont ils sont fabriqués et leurs composants matériels sont effectivement des produits industriels mais en revanche leur « contenu » qui fait leur originalité les uns par rapport aux autres, n'est que l'expression dans une technologie avancée, de la création originale de l'auteur du programme. » (27)

2) Efficacité d'une protection par le Droit d'auteur. Sans doute le droit d'auteur n'a-t-il pas été conçu originalement pour assurer la protection des logiciels et c'est pourquoi on rencontre quelques difficultés pour assurer de cette manière son efficacité, difficultés qui ne semblent pas insurmontables. Ces difficultés sont de deux ordres. Elles tiennent au contenu et à l'objet de la protection.

a) Contenu de la protection. Dans toutes les législations la protection conférée aux auteurs est une protection forte qui s'explique par la fragilité de ces créations susceptibles d'être aisément pillées en fait ; toutefois, en matière de logiciels, on a parfois reproché à cette protection de n'être pas tout à fait adaptée tant au regard des prérogatives à reconnaître à l'auteur qu'au regard du caractère des sanctions. 1° Prérogatives de l'auteur. Si la question

de la durée de ces prérogatives ne mérite pas de développement très long il y a lieu en revanche d'insister sur les formes que ces prérogatives revêtent. Tous les droits d'Europe prévoient généralement une durée de cinquante ans après la mort de l'auteur ; en France plus précisément cinquante ans après la fin de l'année civile dans laquelle est intervenue la mort de l'auteur. A l'exception de l'Allemagne qui allonge la protection à 70 ans post mortem auctoris. Or, l'on sait que les systèmes informatiques sont parmi les réalisations techniques dont l'obsolescence est la plus rapide. Une si longue durée de protection est donc superflue mais en pratique, semble-t-il la question ne se posera pas. D'ailleurs le projet O.M.P.I. propose de raccourcir la durée de l'exercice de ses droits par l'auteur à 20 ans dans certaines conditions et au maximum à vingt-cinq ans après la création du logiciel. Concernant les formes des prérogatives, la plupart des droits positifs font grossièrement une distinction entre l'aspect patrimonial et l'aspect moral de ces droits et chacun de ces deux aspects pose quelques problèmes. Au plan des prérogatives d'aspect patrimonial, la première reconnue à l'auteur sur son œuvre est le monopole de reproduction qui lui réserve, aux termes de l'article 28 de la loi de 1957, la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Elle peut s'effectuer notamment (...) par enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique. Les créateurs de réalisation logicielle sous forme de produits-programmes ayant un caractère standard souhaiteront bien entendu au premier chef utiliser ce droit exclusif de reproduction. Si la reproduction est réservée à l'auteur, en revanche l'usage de l'œuvre ne l'est pas. Or, il n'est pas rare qu'une société de services qui aurait élaboré un logiciel pour un de ses clients et qui serait désireuse de le valoriser par la suite, souhaite interdire à ce client de faire avec ses réalisations logicielles du travail à façon. Et, en effet, on a dit que lorsqu'un logiciel était enregistré sur une bande magnétique ou sur un support quelconque la création n'était pas destinée

nécessairement à être reproduite mais souvent à être utilisée et le titulaire du droit ne peut pas normalement interdire cette utilisation. On peut en effet lire ou relire tel ou tel roman sans commettre de faute, sans encourir de sanction. La question se pose alors en ces termes : lorsqu'un tiers, sans autorisation, introduit un programme dans un ordinateur, effectue-t-il un acte d'usage ou un acte de reproduction ? Une grande partie de la Doctrine sur le sujet admet que l'introduction du support dans la machine se traduit par des modifications physiques à l'intérieur de la mémoire. Les instructions y sont d'une certaine manière stockées de sorte que l'utilisateur pourrait, si l'on peut dire, « photographier » la mémoire à un instant donné pour prendre connaissance de son contenu. Aussi, pour M. Ulmer (28) et M. Gotzen (29) il y a bien dans cette hypothèse reproduction illicite. On pourrait alors objecter que s'il y a reproduction en pareil cas, cette reproduction est permise en vertu des dispositions des différentes lois nationales qui autorisent la reproduction à l'usage privé du copiste. Seules la Belgique et le Luxembourg ne connaissent pas cette limitation. L'objection en fait ne tient guère car la reproduction ainsi effectuée dans le cadre privé de l'entreprise est en fait destinée à une activité industrielle c'est-à-dire à un contact avec le public. Il en a été ainsi décidé, notamment pour les copies de partition destinées aux exécutants pour les besoins d'interprétation en public ou de répétitions (30). Les dispositions types sur la protection du logiciel de l'O.M.P.I. apportent sur ce point une petite précision à l'article 5 (vi) qui permet à l'auteur d'interdire aux tiers l'usage d'un programme ayant en quelque sorte un caractère contrefaisant pour avoir été illicitement reproduit. Mais ces propositions restent sans réponse sur la situation d'un logiciel qui aurait été commercialisé par l'auteur. Si l'on admet que l'usage d'un logiciel contrefaisant ou licite, peu importe, ne constitue pas un acte de reproduction, il y aurait alors un vide juridique qui pourrait être important mais que pourrait combler, comme on l'a vu, semble-t-il, les mécanismes du droit de la responsabilité. L'aspect

patrimonial des prérogatives du titulaire d'un droit d'auteur ne s'arrête pas au droit de reproduction et les diverses législations réservent à l'auteur d'autres formes d'exploitation. Ce que l'on appelle le droit de représentation qui est, pour le Droit français, à l'article 27, la communication directe de l'œuvre au public par diverses voies pourrait peut-être peiner à s'appliquer en matière de réalisations logicielles, encore qu'avec le développement des jeux vidéo, ce point reprenne quelque intérêt. Une dernière prérogative d'ordre patrimonial doit encore être relevée que l'on nomme parfois le droit de mise en circulation et qui est reconnu à l'auteur ; droit expressément visé par les lois danoise, italienne, néerlandaise et allemande et que l'on peut définir comme le droit d'offrir au public et de mettre sur le marché l'original ou les reproductions de l'œuvre. Ce droit réservant à l'auteur la commercialisation des logiciels, leur vente ou leur louage. En France et en Belgique, cette prérogative est encore plus étendue dans la mesure où ces deux pays n'admettent pas sur ce point d'épuisement du droit de l'auteur après la première commercialisation de l'exemplaire de l'œuvre. On dit, en effet, que nos deux pays connaissent une sorte de droit de destination donnant à l'auteur le pouvoir d'interdire aux tiers une utilisation déterminée des exemplaires de l'œuvre qui ont été mis en circulation. Il semble donc que le propriétaire du logiciel pourra, après avertissement adéquat, soumettre à son autorisation toute diffusion du programme dans le commerce. Cette question est délicate et pose le problème pratique suivant. On a commercialisé un ordinateur avec son logiciel de base et l'acquéreur souhaite ultérieurement revendre l'ensemble du système. L'auteur du logiciel peut-il suivre et contrôler la circulation juridique de son œuvre ? C'est la question qui est agitée en matière de brevet sous le nom de théorie de l'épuisement des droits. Il semble en l'état du droit positif français qui connaît donc ce droit de destination que deux cas soient possibles. * Ou bien l'auteur ne précise rien et concéderait en ce sens une sorte de licence tacite sous la forme la plus large à l'acquéreur qui pourrait faire ce qu'il voudrait, * ou

(28) E. Ulmer, *La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier*, R.I.D.A., 1972, LXXIV, p. 85.

(29) F. Gotzen, *Le droit d'auteur, face à l'ordinateur*, *Le Droit d'auteur*, janvier 1977, p. 18. Par ailleurs, certains « usages » du programme pourront prendre la forme d'une adaptation, réservée à l'auteur par l'art. 4 de la loi.

(30) V. H. Desbois, *op. cit.*, p. 57. On prêtera une attention soutenue à l'arrêt de la Cour de Cassation, dans l'affaire jugée en matière de reprographie par la Cour de Paris le 8 octobre 1982, *Gaz. Pal.*, 16-17 février 1983, p. 11. ; *Civ.*, 1^{er}, 7 mars 1984, inédit.

(31) *La solution ne vaut sans doute qu'en droit français ; sur les aspects communautaires de cette question*, V., table ronde.

(32) Trib. Grande Inst. Paris réf. précit.

bien l'auteur, par des clauses contractuelles expresses, restreint la libre disposition par l'acquéreur de sa création et ces restrictions contractuelles s'autoriseraient du droit d'auteur (31). Le projet OMPI, pour sa part, suggère une position inverse lorsqu'il précise à l'article 5 (vii) : que le propriétaire a le droit « d'offrir ou détenir aux fins de la vente, de la location ou de la cession sous licence (*sic*) vendre, importer, exporter, louer ou céder sous licence (*sic*) le logiciel ou du logiciel. » En fait contrefaisant. A contrario on pourrait en induire que le propriétaire ne peut interdire les actes secondaires effectués sur sa création lorsque celle-ci a été régulièrement mise dans le commerce. Concernant le droit moral, il n'est pas opportun d'insister sur les attributs du Droit d'auteur qui, appliqués aux créations logicielles, n'ont pas grand intérêt ou semblent quelque peu saugrenus. Ce sont les prérogatives que connaissent diversement les Droits nationaux sous la forme du droit à la paternité de l'œuvre, du droit au respect de l'œuvre, du droit de divulgation, du droit de repentir ou de retrait. Il n'en demeure pas moins que ces aspects existent et que si l'on veut être cohérent dans l'application du Droit d'auteur aux créations informatiques, force sera d'accepter, même s'il faut supposer que ce ne soit fréquent, que des auteurs puissent se prévaloir de ces dispositions. 2° Caractère des sanctions. Le titulaire des droits qui voudra les faire sanctionner disposera donc de tout l'arsenal que les lois sur la propriété littéraire artistique mettent à sa disposition. Les actions judiciaires qui pourront par conséquent être intentées par les propriétaires de l'œuvre pourront alors être précédées des diverses techniques de préconstitution de la preuve susceptibles de paralyser l'activité du tiers, que constituent en France à l'article 66 les saisies prévues par ce texte. Les commissaires de police ou les juges d'instance pourront saisir des exemplaires constituant une reproduction illicite d'une œuvre et parallèlement le président du Tribunal de Grande Instance pourra ordonner la suspension de la fabrication apparemment illicite en cours et prendre un certain nombre de

mesures destinées à préserver les droits du titulaire de l'œuvre. L'action quant à elle pourra être de caractère civil ou pénal, ce qui peut être regretté au moment où la réforme du 13 juillet 1978 du Droit des brevets d'invention a supprimé tout caractère pénal au traitement de la contrefaçon.

b) Objet de la protection. Les prérogatives qui ont été plus haut observées n'ont d'intérêt qu'à la condition de pouvoir être réellement exercées c'est-à-dire à la condition que l'objet de la protection soit lui-même suffisamment étendu. En matière de création logicielle, certains avaient douté que le Droit d'auteur puisse donner une protection forte allant au-delà de la simple expression formelle. Ils soutenaient alors, que la protection n'aurait aucun intérêt en dehors d'une reproduction à l'identique par un tiers malveillant. On ajoutait qu'il n'était pas très difficile de modifier quelques petits détails dans l'organisation des matières et dans leurs formalisations pour échapper à toute sanction. Cette crainte n'est, semble-t-il, plus de mise car on peut légitimement penser qu'à proportion de l'originalité de l'effort personnel du réalisateur du logiciel la protection sera augmentée ; cette protection dépendant du poids d'individualisation que l'on pourra observer dans la mise en œuvre de l'effort intellectuel. Une réalisation complexe résultant d'un travail original et ingénieux pourra être protégée sans doute au-delà de sa reproduction à l'identique. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé le juge des référés dans son ordonnance rendue après expertise du 14 juin 1983 dans l'affaire Apple précitée. On lit dans l'Ordonnance :

« Attendu qu'en l'espèce M. Stolaroff conclut ainsi son rapport à propos des logiciels de base des ordinateurs de la série Apple II et de l'ordinateur Golem : « l'importance des similitudes dans les logiciels complexes importants et écrits en assembleur, le petit nombre de différences et les formes de celles-ci respectant minutieusement l'architecture globale interdit de penser qu'il s'agit de deux créations originales distinctes. » (32)

L'auteur est alors protégé non

seulement quant à l'expression de son œuvre, mais également quant à la composition (v. supra), même s'il n'est pas toujours aisé de savoir où passe la césure entre l'idée, non réservée, et l'idée mise en forme, éventuellement réservable. On remarquera, par ailleurs, qu'il ne sert à rien pour un éventuel contrefacteur de faire passer un logiciel d'un langage dans un autre, cette opération tombant sous le coup du droit de traduction réservé à l'auteur.

Cette position est d'ailleurs conforme semble-t-il au souhait des parties prenantes sur ce sujet et il n'est bien entendu pas question de demander à la protection par le Droit d'auteur de faire le travail de la protection par brevet. L'objet de la démarche consiste simplement à protéger l'investisseur contre des reproductions à l'identique qui aujourd'hui pourront être de plus en plus fréquentes (reproduction de disquettes) ou contre des reproductions plus ou moins serviles et une fois encore à proportion de l'effort intellectuel investi dans l'œuvre originale, ainsi réservée dans son expression et son architecture générale.

II. — BÉNÉFICIAIRES DE LA PROTECTION DES LOGICIELS.

Tenant pour acquise la protection des logiciels par le Droit d'auteur, demeure la question qui passe souvent au second plan mais qui ne manque pas de se poser fermement, des bénéficiaires de ce type de protection. L'article I de la loi du 11 mars 1957 dispose que :

« l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. »

L'auteur est donc naturellement le titulaire originel de cette protection privative et ceci appelle quelques observations ; l'auteur pourra souhaiter transmettre à autrui ses droits d'exploitation et on sera en présence de titulaires dérivés qui appellent d'autres observations.

A. — TITULAIRE ORIGINEL.

Le Droit de la propriété littéraire et artistique prévoit donc le principe

aux termes duquel l'œuvre appartient à l'auteur qui l'a réalisée, mais ce principe subit en droit français spécialement une exception notable. 1) Principe. Lorsque les législateurs se préoccupèrent dans les temps anciens ou plus récents d'organiser la protection dérivant du Droit d'auteur, il ne fait pas de doute qu'ils avaient à l'esprit la situation d'un auteur seul et indépendant. S'il est vrai par conséquent que l'œuvre appartient à l'auteur, personne physique, qui l'a créée ; il arrive cependant que cette personne ne soit pas seule dans l'intervention de l'acte créatif et le droit a pris en compte ce type de situation. On rencontre alors ce que l'on appelle l'œuvre de collaboration et l'œuvre composite.

a) L'œuvre de collaboration. L'œuvre de collaboration est l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes, physiques, ajoute-t-on. La plupart des Droits nationaux en organisent une copropriété, mais dont l'assiette varie sensiblement d'un pays à l'autre. En France et en Belgique, cette œuvre se présente, même s'il y a œuvres combinées assorties de possibilités d'exploitation distinctes. Au Luxembourg, comme au Danemark, semble-t-il, il n'y a œuvre de collaboration que lorsque les contributions des auteurs sont inséparables. On retiendra pour notre matière qu'il pourra arriver qu'une réalisation logicielle soit une œuvre de collaboration et donc, article 10 de la loi française, sera la propriété commune des co-auteurs qui devront exercer leurs droits d'un accord commun : la Loi ajoutant que lorsque la participation de chacun des co-auteurs, relèvera de genres différents chacun pourra, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle. Il ne semble pas que cette précision pourra être utilisée pour des créations logicielles qui sont donc du même genre. Il ne semble pas non plus qu'une exploitation séparée aurait une quelconque utilité.

b) L'œuvre composite. L'œuvre composite est une notion propre au Droit français qui recouvre en fait les adaptations ; elle est définie comme étant une nouvelle œuvre dans laquelle une œuvre préexistante est incorporée sans la collabo-

ration de son auteur. Cela vise très classiquement les anthologies, les œuvres dérivées, de seconde main. Le Droit français ne déroge pas pour le surplus aux solutions qui sont acquises ailleurs et qui prévoient que l'œuvre dérivée est la propriété de son auteur sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. On pourra ici se poser la question de la situation d'un programmeur mettant en œuvre le travail d'autrui.

2) Exception. Le droit français connaît une particularité peu fréquente dans les autres pays sous la notion « d'œuvre collective » qui est définie comme « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Le texte français s'éloigne d'autres Droits continentaux selon lesquels, originellement, seules les personnes physiques peuvent prétendre au Droit d'auteur. On a souvent critiqué l'existence de cette catégorie d'œuvre en ce qu'elle est délicate à distinguer soit des recueils qui font l'objet de solutions distinctes, soit des œuvres de collaboration qui viennent d'être mentionnées. Quoiqu'il en soit, même si la jurisprudence interprète restrictivement cette catégorie (33) on pourra dans un certain nombre d'hypothèses estimer que ces réalisations logicielles sont des œuvres collectives dont sera donc titulaire originellement la personne, généralement morale, à l'initiative de laquelle cette création aura été élaborée. Des sociétés de services pourront donc se prévaloir valablement de leur propriété originelle sur certains logiciels complexes et seront donc parfaitement maîtresses de leurs exploitations.

B. — TITULAIRE DÉRIVÉ.

Les droits d'exploitation d'une œuvre, en raison de leur caractère patrimonial, peuvent parfaitement circuler et être transférés à des tiers qui, eux-mêmes, n'avaient pas à cet

(33) Il semble qu'une évolution se dessine en jurisprudence vers une moindre sévérité à l'égard de l'œuvre collective dans le cadre des relations de travail. On a, par ailleurs, proposé en doctrine une catégorie juridique de substitution sous le nom d'œuvre coordonnée (v. J. Cedras, *les œuvres collectives en droit français*, R.I.D.A., octobre 1979, p. 3).

(34) H. Desbois, *V° Propriété Littéraire et artistique*, Rep. civ. Dalloz n° 426.

(35) Paris, 2 mai 1975, R.I.D.A. LXXXII, avril 1977 ; obs. Desbois, *Rev. Trim. Com.* 1976, 518 ; Paris, 22 octobre 1976, J.C.P. 1979, II, 10110 note Leduc. Sur l'ensemble de la question, V. A. Françon, *La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur*, R.I.D.A. 1980, p. 3.

égard la qualité d'auteur. Si on laisse de côté la transmission successorale, le professeur DESBOIS indiquait qu'en matière de contrat, il n'y avait que deux manières de concevoir l'exploitation des droits patrimoniaux.

« l'ayant droit ou bien les cède ou bien il les concède. Dans le premier cas il se prête à une convention comparable au contrat translatif de droit réel (...) dans le second cas au contraire la convention participe de la nature des licences conventionnelles de brevets ou de marques ; le concessionnaire n'est investi que d'un droit personnel, analogue à celui d'un locataire ou d'un preneur » (34).

Appliquée à notre matière cette analyse est particulièrement importante car des partenaires contractuels souhaiteront pouvoir, contre rémunération sans doute, obtenir du titulaire originel des droits la possibilité de se livrer à une exploitation et le titulaire de ces mêmes droits, tantôt, souhaitera pouvoir régler l'exploitation du tiers. La pratique montre alors toutes sortes d'hypothèses. Une S.S.C.I., un gros constructeur, aura élaboré des créations standards, par exemple des programmes d'application, pour réaliser tel ou tel objectif et souhaitera les commercialiser sous licence en interdisant aux clients certains types d'exploitation et en se réservant, bien entendu, la possibilité de commercialiser, par ailleurs, ce type de produit. Le terme de licence convient ici parfaitement. Un organisme, par exemple un groupement agricole, voudra obtenir d'une société de services un logiciel qu'il voudra pouvoir éventuellement commercialiser ultérieurement à son profit exclusif. Il se fera céder les droits d'exploitation. Une entreprise embauchera un informaticien pour réaliser des logiciels, elle souhaitera avoir les droits d'exploitation. Un certain nombre de difficultés se présentent alors tenant à l'assez grand formalisme que notamment la loi française a voulu apporter au contrat sur Droit d'auteur dans le souci de protéger l'auteur, et plus particulièrement au libellé de l'article 1 alinéa 3 de loi de 1957 qui dispose :

« l'existence ou la conclusion

d'un contrat de louage, d'ouvrage ou de services par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1 (qui consacre le droit de propriété exclusif de l'auteur.) »

Si l'on se borne à n'étudier que l'aspect de cession des droits d'exploitation sans se préoccuper de l'aspect licence qui ne fait pas de grandes difficultés, un grand nombre de problèmes surgissent selon que les parties à cette opération ont prévu des stipulations contractuelles expresses ou ne les ont pas prévues, pour régir l'exploitation.

1) En l'absence de stipulations contractuelles expresses. Lorsqu'un contrat porte sur des prestations informatiques, l'expérience montre parfois qu'encore aujourd'hui l'instrument contractuel n'est guère prolixe sur la transmission des droits d'exploitation de l'œuvre logicielle. C'est surtout fréquent lors qu'il s'agit de petites entreprises S.S.C.I. et de clients de type P.M.E. Or la loi française dispose d'une part, article 30, que le droit de reproduction et le droit de représentation sont cessibles mais que la cession de l'un n'emporte pas cession de l'autre ; d'autre part, article 31 :

« les contrats de représentation et d'édition définis au titre III de la présente loi doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables. La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue, et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

Cette disposition crée de grandes difficultés dans la plupart des contrats de commande ou des contrats de travail qui sont conclus sur ce type d'objet.

a) Contrat de commande. Souvent, une entreprise demandera à S.S.C.I. la réalisation d'un logiciel qui lui soit adapté pour son informatisation. Les documents contrac-

tuels sont en général assez minces. Les programmes livrés, on peut se demander de quoi dispose l'entreprise donneur d'ordre. Le bon sens, mais le bon sens seulement, laisse à penser qu'elle peut utiliser les programmes qu'on lui a livrés, faire les sauvegardes nécessaires à l'exploitation du système. Il n'est pas certain, bien entendu, que l'entreprise puisse reproduire le programme pour le commercialiser ailleurs même si certaines décisions judiciaires critiquables et critiquées ont admis que l'auteur de la commande devait être considéré comme l'auteur de l'œuvre et donc le seul titulaire des droits d'exploitation (35).

Il n'est pas certain que l'entreprise dont il s'agit puisse faire adapter, modifier ses logiciels par des informaticiens tiers, pour une dérive ou une augmentation de ses besoins. En effet, en l'absence de la possibilité de démontrer dans les conditions des articles 1341 à 1348 du Code civil que les droits d'exploitation larges lui ont été transmis force est, semble-t-il d'admettre (et le point n'est pas même certain) que seule l'exploitation minimum conforme aux besoins de l'entreprise est ainsi autorisée. On rencontre en effet toujours cet alinéa 3 de l'article 1er de la loi qui indique que la conclusion d'un contrat d'entreprise n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu à l'auteur.

b) Contrat de travail. La situation est ici quelque peu différente. Un employeur a embauché un salarié qui réalise des créations logicielles. Le contrat de travail emporte-t-il en raison de sa seule existence, cession des droits d'exploitation au profit de l'employeur ? Un arrêt de la Cour de cassation, Chambre criminelle du 11 avril 1975, appliquant la législation particulière du 12 mars 1952 sur les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure avait pu juger :

« Dans le domaine d'application de la loi de 1952 l'existence d'une preuve écrite en cas de cession des attributs patrimoniaux du Droit d'auteur ne cesse pas d'être requise dans les relations d'un employeur avec son salarié : qu'à supposer qu'en pareil cas le contrat de travail ait pour objet la réalisation par le

salarié de créations artistiques destinées à demeurer acquise à l'employeur en contrepartie d'une rémunération légalement appropriée, la preuve d'une telle convention ne peut être résultée que d'un acte écrit » (36).

L'émoi suscité par cette décision avait été tempéré par les commentaires qui avaient insisté sur le caractère exceptionnel de la législation invoquée en l'espèce et qui pensaient que la solution n'était pas nécessairement transférable à la loi de 1957 (37). C'est pourquoi on admet que si le contrat de travail est muet sur l'aspect de cession des droits d'exploitation d'œuvres réalisées par le salarié, l'employeur acquiert ces droits dans le cadre de l'activité normale de l'entreprise. Cette solution fondée, selon certains, sur la notion de cause (38) est confirmée, semble-t-il par la Jurisprudence récente en matière d'œuvres photographiques (39). Il semble bien alors qu'un informaticien salarié transfère, en raison de l'existence du contrat de travail ses droits d'exploitation à son employeur ; et si l'employeur est une société qui a pour activité de commercialiser ses programmes il peut paraître raisonnable d'estimer qu'elle pourra licitement commercialiser les programmes des salariés. Ces développements toutefois, ne valent que pour autant que le salarié dans l'exécution de son contrat de travail aura pour fonctions de réaliser ces créations. Si inversement, un salarié n'a pas été embauché comme créateur ou ne s'est pas vu confier une mission de création — pour nous — de réalisations logicielles, le fait qu'il ait cependant effectué ce type de réalisations et les ait peut-être mises spontanément à la disposition de son employeur ne confère sur celles-ci aucun droit audit employeur. C'est le sens de la décision Pachot qui a déclaré :

« considérant qu'il en résulte que M. Pachot est fondé à se prévaloir sur les programmes litigieux des droits d'auteur prévus par la loi du 11 mars 1957 que le fait qu'il les ait utilisés dans son service n'implique pas leur cession à la société, qu'en conséquence celle-ci ne peut reprocher à l'intimé de s'être approprié ces programmes alors qu'ils étaient

la propriété exclusive de ce dernier. »

On notera dans cet arrêt l'écho du régime, aujourd'hui de droit positif, des inventions de salariés tel qu'il résulte de la loi du 13 juillet 1978 sur les brevets d'inventions à l'article 1^{er} (40). Mais il faut bien voir que le régime des inventions de salariés ne s'applique pas dans la mesure où précisément la loi de 1978 n'est pas applicable ici, et qu'aucun régime juridique spécifique n'est prévu pour les œuvres qui auraient été réalisées, sans doute hors mission, mais avec le concours de l'employeur. On sait que la loi des brevets fait la différence entre les inventions de mission dont l'employeur a le libre usage et les inventions hors mission qui sont elles-mêmes subdivisées en inventions attribuables, qui peuvent être alors revendiquées par l'employeur contre une juste rémunération au profit du salarié et les inventions hors-mission non-attribuables qui restent la propriété définitive de ce dernier (41). Les diverses observations menées conduisent à penser qu'il est tout à fait opportun d'insérer tant dans les contrats d'entreprise que dans les contrats de travail, pour des sociétés qui traitent d'informatique, des clauses spécifiques expresses sur la circulation des droits d'exploitation ; à défaut une relative incertitude demeure.

2) En présence de stipulations contractuelles expresses. Si dans un contrat, prouvable par écrit, sont présentes des stipulations expresses par lesquelles est aménagée la cession des droits d'exploitation il demeure encore un problème qui, semble-t-il, peut être assez aisément résolu. L'article 33 de la loi du 11 mars 1957 dispose, en effet, que la cession globale des œuvres futures est nulle. Appliquée aux réalisations logicielles développées dans un cadre contractuel cette disposition suscite la perplexité de l'interprète. La question, là encore, mérite d'être différemment traitée peut-être selon la catégorie de convention dont il s'agit, contrat de commande ou contrat de travail. Soit une entreprise qui commande une informatisation et peut-être plusieurs logiciels qui ne sont pas encore réalisés par la société de services. La clause du contrat qui

(36) Cass. crim., 11 avril 1975, R.I.D.A., juillet 1975, LXXXV, p. 184.

(37) V. H. Desbois, A propos d'un arrêt relatif aux créations d'auteur salarié, R.I.D.A. 1976, p. 89. La solution dégagée par l'arrêt de 1975 vient d'être maintenue par Trib. Grande Inst. Paris, 7 juin 1983, P.I.B.D. 1983, 334, III, 277 ; Dossiers Brevets 1984, I. 1, qui a jugé : « Attendu qu'il résulte du rapprochement des articles 1^{er} et 3 de la loi du 12 mars 1952 et de l'article 1^{er} de la loi du 11 mars 1957 l'exigence d'un écrit pour la cession des droits d'auteur et notamment du droit de reproduction, dans le domaine d'application de la loi du 12 mars 1952.

Attendu en l'espèce qu'il n'est pas contesté qu'aucun contrat écrit portant cession de ses droits d'auteur par Jean-Pierre Capelle à son employeur n'est jamais intervenu entre les parties.

Que dès le début de l'année 1981, Jean-Pierre Capelle a réclamé à la Société Fourrures George V la signature d'un tel contrat, mais que ladite Société n'a pas cru devoir donner une suite favorable à cette réclamation fondée.

Que Jean-Pierre Capelle est donc demeuré titulaire du droit de reproduction afférent aux modèles litigieux qu'il avait conçus et réalisés à la demande de son employeur.

Qu'il est donc bien fondé à solliciter une mesure d'interdiction sous astreinte de l'exploitation de ses créations par la Société Fourrures George V ».

(38) V. A. Françon, article cité, p. 37 s.

(39) Cass. civ., 20 décembre 1982, inédit.

(40) V. J.-M. Mousseron et C. Le Stanc, V^o Inventions d'employés, juriscasseur Commercial, Annexe Brevets d'invention.

(41) Il semble que dans les projets en cours de réforme du droit des dessins et modèles, on ait songé, un temps, à aligner la situation du créateur salarié sur celle de l'inventeur salarié ; mais l'idée en aurait été abandonnée.

(42) H. Desbois, V^o Propriété Littéraire et artistique précit., n 457.

prévoit la cession de ces droits au profit de la P.M.E. serait-elle obérée par l'article 33 ? La Doctrine estime que l'article 33 ne prohibe pas les contrats de commande dont précisément l'article 1 alinéa 3 de la loi admet la validité puisqu'il pré-suppose qu'un auteur peut s'engager dans les liens d'un louage d'ouvrage ou de services (42). Ce point ne fait donc pas de problème.

S'agissant d'un contrat de travail qu'une S.S.C.I. conclurait avec son salarié informaticien pour la réalisation de programmes, contrat qui serait à durée indéterminée et qui prévoirait expressément la cession au profit de l'employeur de toutes

les réalisations du salarié, on pourrait répondre de la même manière en évoquant le louage de services de l'article 1 alinéa 3. Si par ailleurs, un doute subsistait on pourrait admettre que l'article 33 ne vise en définitive que la cession globale d'œuvres non identifiées et non pas forcément non réalisées. Il suffirait peut-être alors de préciser dans une clause que le salarié cède pour le temps dans lequel il sera dans les liens du contrat de travail tous ses droits sur le type très particulier d'œuvre qu'on lui demande, à savoir des réalisations du genre informatique. S'il fallait conclure, on pourrait remarquer que les techni-

ques du copyright pour la réservation des logiciels ne sont pas saugrenues dans la mesure où le système du droit d'auteur est compréhensif et pragmatique. Tout au plus conviendrait-il de prendre garde aux implications contractuelles de la démarche. L'imagination créatrice a des formes multiples et cette législation doit les prendre en compte toutes. Cependant on agite des projets de textes spécifiques pour mieux adapter le droit d'auteur à la particularité de l'objet informatique. Il n'est pas sûr que l'objectif serait aisément atteint. La demeure est-elle vraiment si périlleuse ?

QUESTION ÉCRITE n° 35 560 du 11 juillet 1983, de M. Bruno Bourg-Broc relative à la protection des programmes d'ordinateurs et réponse.

Propriété industrielle (législation).

Réponse. — Il n'est pas inexact de considérer, en l'état actuel de la législation relative à la protection des programmes d'ordinateur, qu'il subsiste des incertitudes sur l'applicabilité respective du principe de libre circulation des idées et des algorithmes, du droit des brevets, de celui de la propriété littéraire et artistique et des règles de la responsabilité civile, pour garantir les créations originales contre tous les agissements parasitaires. La législation sur les brevets d'invention (article 6 de la loi du 2 janvier 1968 modifiée par la loi du 13 juillet 1978 et articles 52 et 57 de la convention de Munich du 5 octobre 1973 relative au brevet européen) exclut de la brevetabilité les programmes d'ordinateurs. Mais restent brevetables les procédés et appareils impliquant la mise en œuvre de programmes d'ordinateurs pour qu'ils produisent leurs résultats industriels. Quant à la législation sur la propriété littéraire

et artistique (loi du 11 mars 1957), elle semble se montrer de plus en plus accueillante comme en témoignent certaines décisions récentes. (Voir par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 novembre 1982). L'absence de caractère « esthétique » n'exclut pas, en effet, que les logiciels informatiques bénéficient de la protection de cette législation en tant qu'œuvres de l'esprit exprimées dans une forme les rendant accessibles à autrui et gardant les empreintes des personnalités de leurs auteurs par le caractère original de leurs compositions. Sans doute, dans diverses circonstances, ne suffirait-il donc pas de comparer des logiciels ressemblants pour relever une contrefaçon ; il faudrait analyser le comportement de celui qui en est suspecté. Si l'on pouvait établir qu'il a recherché un profit parasitaire des travaux et investissements assumés par son

prédécesseur, il devrait être condamné selon les règles de la responsabilité civile. Il demeure que les créateurs de logiciels, notamment ceux destinés aux microordinateurs, subissent, comme les producteurs d'œuvres audiovisuelles, l'effet des facilités de reproductions de leurs œuvres sur supports magnétiques. Le droit de la propriété littéraire et artistique, et même dans des conditions beaucoup plus restrictives, celui de la responsabilité civile, les autorisent expressément lorsqu'elles sont destinées à l'utilisation privée du copiste. Sans être encore urgente, ni, à proprement parler, réclamée par les professionnels intéressés, la question de l'opportunité d'une législation ne manquera pas, à terme, de se poser. Si un accord peut intervenir sur la nécessité d'une protection, le débat est loin d'être clos sur les modalités les plus adaptées pour y parvenir.

documents

■ PROPOSITIONS POUR LA PROTECTION DU LOGICIEL

Y. PONTIDA.

auditeur au C.E.I.P.I.
Strasbourg - DESS propriété industrielle

I. — DISPOSITIONS TYPES DE L'O. M. P. I.

Un Comité d'Experts, dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Industrielle, a admis la nécessité d'une protection du logiciel. Les dispositions types de l'O. M. P. I. fixent un schéma général de protection juridique du logiciel.

A. — OBJET DE LA PROTECTION

La protection porte sur les programmes d'ordinateur. Le programme d'ordinateur est défini comme « un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information » (1).

Le logiciel regroupe un ou plusieurs programmes d'ordinateur, la description du programme, la documentation auxiliaire, ou l'un seulement de ces objets.

B. — TITULAIRE DE LA PROTECTION

Le propriétaire des droits conférés par ces dispositions est le Créateur du logiciel.

Le « propriétaire » peut être une personne physique ou morale.

1° Les logiciels créés par des salariés appartiennent à l'employeur s'ils ont été créés dans

l'exercice de leurs fonctions et en l'absence de stipulation contraire.

2° Au décès du propriétaire, les droits sur les logiciels sont transmis à ses ayants droit.

3° Les droits du propriétaire d'un logiciel peuvent être cédés en totalité ou en partie par contrat.

C. — CONDITIONS DE LA PROTECTION

Les experts se sont interrogés sur l'opportunité d'un dépôt du logiciel ou d'un enregistrement auprès d'un organisme officiel, ainsi que sur le caractère obligatoire ou facultatif d'un dépôt. Le comité a renvoyé à l'étude le projet de traité sur un dépôt international des logiciels.

Seuls les programmes présentant un caractère original peuvent bénéficier de la protection définie par l'O. M.P.I. Par « originalité » on entend « le fruit du travail intellectuel de son créateur » (2).

Les idées et les notions qui sont à la base de tout logiciel ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation ; la protection est accordée pour la forme sous laquelle le programme se présente et indépendamment du support matériel de celui-ci. Toute « forme d'expression » originale du logiciel est protégeable.

D. — LES DROITS DU PROPRIÉTAIRE.

Le propriétaire peut interdire :
— la divulgation du logiciel ou les

(1) Dispositions types sur la protection du logiciel. le Droit d'auteur. Article premier. p. 13.

(2) Article 3 des dispositions. le Droit d'auteur. janvier 1978. p. 13

(3) Article 6 al. 2. le Droit d'auteur. janvier 1978. p. 14.

actes facilitant ou incitant à la divulgation ;

- la copie du logiciel ;
- l'utilisation d'un programme d'ordinateur soit pour établir un programme identique ou similaire, soit pour faire fonctionner un ordinateur, soit pour le mémoriser ;
- l'offre ou la détention du logiciel à des fins commerciales ;
- les actes, tels que définis ci-dessus, visant les supports de logiciels.

E. — DURÉE DE LA PROTECTION

1° Les droits de propriété naissent au jour de la création du logiciel.

2° La durée minimale de protection est de 20 ans à compter :

- soit de la date de la première utilisation dans un ordinateur du logiciel,
- soit de la date de la première commercialisation (vente, location ou offre en vue de la vente ou la location) du logiciel sur un territoire quelconque.

3° La durée maximale de protection est de 25 années à partir de la création du logiciel.

F. — EFFETS DE LA PROTECTION

Le titulaire des droits bénéficie d'un monopole d'exploitation très large et toute atteinte portée à ses droits est sanctionnée : des poursuites civiles pourront être intentées contre le présumé « contrefacteur ».

Les sanctions possibles sont de deux types :

- l'injonction ;
- les dommages-intérêts.

Le propriétaire pourra obtenir l'une ou l'autre des réparations, sous réserve du caractère proportionné de la sanction au dommage si le juge pense que l'une de ces sanctions est « disproportionnée dans le cas d'espèce » qui lui est soumis, il y substituera un dédommagement plus approprié.

Les dispositions apportent deux limites aux poursuites du propriétaire :

- ne constituent pas une violation des droits du propriétaire, les actes autorisés par ce dernier ;

— « la création indépendante par quiconque d'un logiciel identique ou pratiquement identique au logiciel d'une autre personne ou l'accomplissement des actes [mentionnés au point 'D'] à l'égard de logiciel de cette nature ne constitue pas une violation des droits conférés à cette personne par la présente loi » (3).

Toutefois les dispositions de l'O. M. P. I. ont un effet pratique limité, pour trois raisons :

— cumul de cette protection avec l'ensemble des protections nationales existantes ;

— le texte emprunte au droit des brevets et au droit d'auteur ;

— certains articles vont poser des problèmes d'interprétation et être une source de litiges, et notamment l'article 6 alinéa 2 sur les « créations indépendantes ».

Le comité, dans un rapport de 1983, recommande la poursuite des études et des consultations sur la protection des logiciels, et renvoie « à plus tard » la rédaction d'un projet de traité sur la protection internationale du logiciel.

II. — LE PROJET DE DIRECTIVES DE L'OFFICE EUROPEEN DES BREVETS

L'O. E. B. a établi un projet de revendications portant sur des logiciels ; ce projet doit servir de guide aux examinateurs sur l'interprétation de l'article 52 al. 2 et 3 de la Convention de Munich du 5 octobre 1973, qui exclut de la brevetabilité les programmes d'ordinateur en tant que tels.

PRINCIPALES DISPOSITIONS DU PROJET :

1° Le logiciel est présenté comme une suite d'instructions (algorithmes, organigrammes, programmes) adressées à la machine pour résoudre un problème.

2° Peuvent faire l'objet d'une revendication les séquences d'instructions suivantes :

- un programme ou un procédé pour l'utilisation d'un ordinateur ;
- un procédé de travail même formulé de manière générale ;

— un produit défini en partie par un programme ou procédé dont certaines étapes sont réalisées par une machine commandée par un programme.

3° Les programmes d'ordinateur « en tant que tels » sont exclus de la brevetabilité. Rentrent dans cette catégorie, les suites d'instructions utilisées dans un ordinateur connu, de manière habituelle et normale.

4° Les conditions de la protection sont précisées.

L'article 52 al. 1 de la C.B.E. admet la brevetabilité des « inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ».

Un programme d'ordinateur, un procédé de travail constituent des inventions, au sens de la convention européenne, dans deux hypothèses :

1) si leur mise en œuvre nécessite la conception d'un ordinateur nouveau ;

2) si le logiciel est mis en œuvre dans un ordinateur connu, utilisé dans une fonction différente de celle pour laquelle il a été conçu et produisant un effet technique nouveau.

Les produits ou procédés caractérisés par une revendication de programme sont brevetables en tant que « produit » ou « procédé » : c'est l'aspect matériel qui est ici protégé.

Après avoir démontré que le logiciel n'est pas un logiciel « en tant que tel », qu'il s'agit d'une invention, telle que définie ci-dessus, il faut vérifier que les conditions de « nouveauté », « d'activité inventive » et « d'application industrielle » sont remplies.

5° La revendication doit être ainsi rédigée.

— Les revendications ne doivent pas porter exclusivement sur un logiciel ;

— La demande doit être rédigée à l'aide de mots du langage courant : les langages mathématiques ou de programmation sont à proscrire ;

— Pour éviter le rejet de la demande ou de la revendication, une rédaction soigneuse et

appropriée du contenu de la demande est fondamentale.

III. — PROPOSITIONS STERN POUR LA PROTECTION DU LOGICIEL

L'analyse poursuivie par R. H. Stern (4) sur la protection du logiciel aux Etats-Unis, l'a conduit à proposer un régime spécifique de protection. L'auteur suggère de remplacer les différentes techniques juridiques de protection des logiciels existantes par un régime de protection qui concilie tous les intérêts en présence (ceux des programmeurs, des propriétaires, des industriels de l'informatique, des utilisateurs).

1° OBJET DE LA PROTECTION

La protection doit porter sur :

- l'algorithme,
- les programmes, quel que soit le genre (programmes source, programmes d'assemblage, programmes objet),
- la documentation annexe.

« Le logiciel dérivé » est également protégeable à la condition de respecter l'œuvre première.

2° CONDITIONS DE LA PROTECTION

R.-H. Stern est favorable à un système d'enregistrement avec publication. Quant aux conditions de fond, elles doivent être déterminées en tenant compte des intérêts en jeu.

3° DROITS CONFÉRÉS

Le titulaire des droits peut interdire :

- la copie du programme,
- l'utilisation du logiciel ou des éléments qui concourent à sa conception (algorithmes, programme, programme source),
- la vente du logiciel réservé.

Le contrefacteur peut être le « pirate » ou tout simplement la personne qui a acquis le produit contrefait dans le commerce.

4° DURÉE DE LA PROTECTION

La durée varie en fonction de l'objet de la protection et ne saurait être

assimilée à la durée de vie commerciale du logiciel.

Les durées de protection sont les suivantes :

- Algorithmes : 10 à 15 ans ;
- Programmes source : 5 à 10 ans ;
- Programmes objet : 2 à 4 ans.

5° EFFETS DE LA PROTECTION

— Toute violation des droits du propriétaire est sanctionnée ; plusieurs réparations sont envisageables, et notamment, des injonctions, la destruction des logiciels ou des supports et matériels contrefaits, des dommages et intérêts.

— Un régime de sanctions doit tenir compte de différents paramètres et particulièrement, du type de logiciel en cause, de l'intention du contrefacteur, de la nature des actes de contrefaçon et des liens qui unissent les parties au litige.

D'autre part, « il importe d'adapter les réparations à l'utilité sociale ou économique possible ou, inversement, au bénéfice compensateur des agissements du contrefacteur présumé » (5).

6° LES CIRCUITS INTÉGRÉS OBTIENNENT UNE PROTECTION PARTICULIÈRE

Le circuit intégré est un support matériel de programmes et le programme incorporé dans ce circuit doit être protégé.

Dans son aspect matériel, le circuit intégré est brevetable s'il remplit les conditions de la brevetabilité.

Le problème de la protection des circuits intégrés a été évoqué par l'O.M.P.I., lors des discussions et des consultations sur la protection des programmes d'ordinateur (6).

La délégation américaine a souligné l'existence d'un projet de loi (1983) sur les circuits intégrés « microplaquettes », actuellement déposé au Congrès américain et qui vise à modifier la législation sur le droit d'auteur. Les principales dispositions du projet sont les suivantes :

— Création d'une nouvelle catégorie d'œuvres protégeables par le

(4) R.-H. Stern, *Associé de Baker & Hostetler, Washington Chef de la Section propriété intellectuelle de la division anti-trust (département de la justice américaine), 1970-1978.*

« La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux États-Unis d'Amérique », *la Propriété Industrielle*, avril-mai 1982.

(5) *La Propriété Industrielle*, mai 1982, p. 190.

(6) *Le Droit d'auteur*, septembre 1983, IV, p. 249.

(7) *Le Droit d'auteur*, septembre 1983, p. 250.

(8) *Sur la question : Thomas J. d'Amico, Modification de la protection légale des inventions relatives au logiciel aux États-Unis, C.B.I. Informations*, octobre 1982, n° 23, p. 14.

droit d'auteur : les « œuvres masquées » ;

— Cette catégorie englobe des « œuvres techniques » pour lesquelles, l'auteur a fait preuve de créativité ;

— La durée de la protection est fixée à 10 ans ;

— L'objectif de ces dispositions est de lutter contre toutes reproductions illicites du circuit.

Sont accordés « des droits exclusifs nouveaux ou modifiés, relatifs notamment à l'incorporation de l'œuvre dans un masque, à la mise en circulation de l'œuvre, à l'utilisation d'un masque incorporant l'œuvre pour fabriquer des microplaquettes, pour reproduire l'œuvre sur une matière destinée à faire partie d'un produit à microplaquettes et pour mettre en circulation ou utiliser un produit à microplaquettes » (7).

— Licences obligatoires pour un acquéreur de « bonne foi » ;

— Mise en demeure du présumé contrefacteur de bonne foi.

L'O.M.P.I. s'est prononcée contre la protection des circuits intégrés

par le droit d'auteur, compte tenu de leurs caractéristiques ou de leurs fonctions techniques.

V. — LES RECHERCHES MENÉES PAR L'INSTITUT NATIONAL DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Un programme de promotion de la propriété industrielle a été arrêté par le gouvernement le 3 août 1983 et parmi les mesures envisagées, figure l'étude de la protection des logiciels.

L'I.N.P.I., avec le concours de spécialistes, a réfléchi sur l'opportunité d'une protection et un rapport contenant des propositions a été remis au Ministre de l'industrie et de la recherche. Présenté par le Directeur de l'I.N.P.I., J.-Cl. Combaldieu, il devrait être publié dans les semaines qui viennent. Le projet de loi révisant les textes de 1957 en matière de droit d'auteur et prévoyant expressément l'application des règles en la matière aux programmes d'ordinateur pourrait être

soumis au Parlement à la session d'automne 1984.

*
**

Nous mentionnons, enfin, l'existence de nouvelles directives d'examen de l'office des brevets américains, qui, pour les inventions de logiciels, recommande un examen en deux temps :

— première étape : chaque revendication de procédé ou de produit doit être analysée pour déterminer si son objet porte sur un programme d'ordinateur ; si la revendication ne vise pas directement un programme, il faut étudier la description pour déterminer si, indirectement, cette même revendication incorpore un programme ou un algorithme ;

— deuxième étape : si la revendication en cause porte directement ou indirectement sur un logiciel, l'examineur doit analyser la demande dans son ensemble, « toutes revendications confondues » et déterminer l'objet protégeable. Si cet objet est un programme, la demande est rejetée (8).

■ DISPOSITIONS TYPES SUR LA PROTECTION DU LOGICIEL

Organisation mondiale de la propriété industrielle (O.M.P.I.).

Article premier DÉFINITIONS

Aux fins de la présente loi, il faut entendre par :

i) « programme d'ordinateur », un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffirable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information ;

ii) « description de programme », une présentation complète d'opérations, sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions

constituant un programme d'ordinateur correspondant ;

iii) « documentation auxiliaire », toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou une description de programme, créée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme d'ordinateur, par exemple des descriptions de problème et des instructions à l'usage d'un utilisateur ;

iv) « logiciel », un ou plusieurs des objets mentionnés aux points i) à iii) ;

v) « propriétaire », la personne physique ou morale à laquelle appartiennent les droits conférés par l'article 2.1) de la présente loi, ou son ayant droit selon l'article 2.2).

Article 2 PROPRIÉTÉ ; TRANSFERT ET DÉVOLUTION DES DROITS RELATIFS AU LOGICIEL

1) Les droits conférés par la présente loi en ce qui concerne le logiciel appartiennent à la personne qui a créé ce logiciel ; toutefois, lorsque le logiciel a été créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions d'employé, ces droits appartiennent, sauf stipulation contraire, à l'employeur.

2) Les droits conférés par la présente loi en ce qui concerne ce logiciel peuvent être transférés en tout ou en partie par contrat. A la mort du propriétaire, ces droits se transmettent conformément au droit qui

régit les successions testamentaires ou ab intestat, selon le cas.

Article 3 ORIGINALITÉ

La présente loi ne s'applique qu'au logiciel qui est original dans le sens qu'il est le fruit du travail intellectuel personnel de son créateur.

Article 4 NOTIONS

Les droits conférés par la présente loi ne s'étendent pas aux notions sur lesquelles le logiciel est fondé.

Article 5 DROITS DU PROPRIÉTAIRE

Le propriétaire a le droit d'interdire à toute personne les actes suivants :

i) divulguer le logiciel ou en faciliter la divulgation à quiconque avant qu'il ne soit rendu accessible au public avec le consentement du propriétaire ;

ii) donner ou faciliter à quiconque l'accès à un objet emmagasinant ou reproduisant le logiciel avant que le logiciel ne soit rendu accessible au public avec le consentement du propriétaire ;

iii) copier le logiciel par n'importe quel moyen ou sous n'importe quelle forme ;

iv) utiliser le programme d'ordinateur pour établir un programme d'ordinateur identique ou pratiquement identique ou une description du programme d'ordinateur ou d'un programme d'ordinateur pratiquement identique ;

v) utiliser la description de programme pour établir une description de programme identique ou pratiquement identique ou un programme d'ordinateur correspondant ;

vi) utiliser le programme d'ordinateur ou un programme d'ordinateur établi de la façon mentionnée aux points iii), iv) ou v) pour commander le fonctionnement d'une machine capable de faire du traitement de l'information ou l'emmagasiner dans une telle machine ;

vii) offrir ou détenir aux fins de la vente, de la location ou de la cession sous licence, vendre, importer, exporter, louer ou céder sous licence le logiciel ou du logiciel établi de la façon mentionnée aux points iii), iv) ou v) ;

viii) accomplir les actes mentionnés au point vii) à l'égard d'objets emmagasinant ou reproduisant le logiciel ou du logiciel établi de la façon mentionnée aux points iii), iv) ou v).

Article 6 VIOLATION

1) Tout acte mentionné à l'article 5.i) à viii) constitue, sauf s'il est autorisé par le propriétaire, une violation des droits du propriétaire.

2) La création indépendante par quiconque d'un logiciel identique ou pratiquement identique au logiciel d'une autre personne ou l'accomplissement des actes mentionnés à l'article 5.i) à viii) à l'égard de logiciel de cette nature créé indépendamment ne constitue pas une violation des droits conférés à cette autre personne par la présente loi.

3) La présence du logiciel sur des navires, engins spatiaux ou engins de locomotion aérienne ou terrestre étrangers pénétrant temporairement ou accidentellement dans les eaux, dans l'espace aérien ou sur le sol du pays et l'utilisation du logiciel pendant cette pénétration ne sont pas considérés comme une violation des droits conférés par la présente loi.

Article 7 DURÉE DES DROITS

1) Les droits conférés par la présente loi commencent au moment où le logiciel a été créé.

2) a) Sous réserve de l'alinéa b), les droits conférés par la présente loi expirent à la fin d'une période de 20 ans calculée à partir de la première des dates suivantes :

i) date à laquelle le programme d'ordinateur est, à d'autres fins que l'étude, l'expérimentation ou la recherche, utilisé pour la première fois par le propriétaire ou avec son consentement, dans un pays quelconque, pour commander le fonctionnement d'une machine capable de faire du traitement de l'information ;

ii) date à laquelle le logiciel est pour la première fois vendu, loué ou cédé sous licence, dans un pays quelconque, ou offert à ces fins.

b) Les droits conférés par la présente loi ne s'étendent en aucun cas au-delà d'une période de 25 ans calculée à partir du moment où le logiciel a été créé.

Article 8 POURSUITES CIVILES

1) Lorsque l'un de ses droits a été violé ou qu'il est probable qu'il le sera, le propriétaire peut obtenir une injonction, sauf si l'octroi d'une injonction est disproportionné dans le cas d'espèce.

2) Lorsque l'un de ses droits a été violé, le propriétaire peut obtenir des dommages-intérêts ou tout dédommagement jugé approprié dans le cas d'espèce.

Article 9 APPLICATION D'AUTRES LOIS

La présente loi n'exclut nullement, en ce qui concerne la protection du logiciel, l'application des principes généraux du droit ou l'application de toute autre loi, comme celles sur les brevets, sur le droit d'auteur ou sur la concurrence déloyale.

Journées de synthèse de jurisprudence

Depuis dix ans, la Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise organise avec le concours de l'Association des Spécialistes de Propriété industrielle de l'Industrie (A.S.P.I.) des journées destinées à présenter aux praticiens de la propriété industrielle les développements du Droit des brevets enregistrés au cours de l'année écoulée. Les développements considérables de l'information dus à la mise en place des Conventions de Munich et de Washington imposent, en 1984, comme en 1983, le dédoublement de ces journées « brevets ».

Le succès de la formule « brevets » a conduit, d'autre part, la Fondation à lancer, l'an passé, une nouvelle série en « distribution ». L'organisation en a été confiée à Droit et Distribution dont les principaux animateurs présenteront, le 26 juin, l'actualité 1983-1984 dans les différents secteurs des groupements de distributeurs, centrales d'achat, contrats de distribution intégrée, V.R.P. agents commerciaux, marques et publicité, techniques promotionnelles, tant au regard du Droit interne présent et proche (circulaire Delors, protection du consommateur), qu'au regard du Droit européen.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

MARDI 26 JUIN Hôtel de FRANCE et de CHOISEUL,
239, rue St-Honoré, 75001 Paris.

- *Animateurs :*
 - J.-J. BURST, Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg.
 - J. CALAIS-AULOY, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.
 - R. FABRE, Maître-assistant à la Faculté de Droit de Montpellier.

- D. FERRIER, Maître-assistant à la Faculté de Droit de Montpellier.
- R. KOVAR, Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg.
- J.-M. MOUSSERON, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.
- V. SELINSKY, Maître-assistant à la Faculté de Droit de Montpellier.

Droits d'inscription : 948,80 F (repas inclus) - Association Droit et Distribution : 830,20 F.

BREVET FRANÇAIS ET EUROPEEN

JOURNEES LYONNAISES

MERCREDI 20 JUIN L'obtention du brevet.

- *Lieu :* Centre Paul-ROUBIER, 23, avenue Guy-de-Collonge, 69130 Ecully.
- *Animateurs :* J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT.

VENDREDI 22 JUIN L'exploitation du brevet.

- *Lieu :* Centre Paul-ROUBIER, 23, avenue Guy-de-Collonge, 69130 Ecully.
- *Animateurs :* J. AZÉMA et J. SCHMIDT.

JOURNEES PARISIENNES

MARDI 22 MAI L'obtention du brevet.

- *Lieu :* Hôtel de FRANCE et de CHOISEUL, 239, rue St-Honoré, 75001 Paris.
- *Président de Séance :* M. DELORME, Vice-Président de l'O.E.B.
- *Animateurs :* J.-M. MOUSSERON et P. VIGAND.

MARDI 19 JUIN L'exploitation du brevet.

- *Lieu :* Hôtel de FRANCE et de CHOISEUL, 239, rue St-Honoré, 75001 Paris.
- *Président de Séance.* M. COMBALDIEU, Directeur de l'I.N.P.I.
- *Animateurs :* M^{me} et MM. les professeurs SCHMIDT, AZÉMA, BURST, MOUSSERON, VIGAND et VIVANT.

Droits d'inscription : Une journée : 830,20 F - Membres A.S.P.I. : 711,60 F (Paris ou Lyon)
Deux journées : 1 423,20 F - Membres A.S.P.I. : 1 186 F (Paris ou Lyon).

Renseignements et inscription : Bernadette SCHMIDT - F.N.D.E.
9, rue Richepanse, 75008 PARIS. Tél. : 260.10.18

VIENT DE PARAITRE

COLLECTION DU C.E.I.P.I. N° 30

TRAITÉ DES BREVETS

1844 - 1968 - 1978

WASHINGTON - MUNICH - LUXEMBOURG

Jean Marc MOUSSERON

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Honorar Professor à la Faculté de Heidelberg
Professeur au C.E.I.P.I.

avec le concours de :

Joanna SCHMIDT

Professeur à la Faculté de Toulouse
Visiting Professor, University of Minnesota
Professeur au C.E.I.P.I.

Privat VIGAND

Ingénieur E.S.E. Docteur en Droit
Mandataire européen
Professeur au C.E.I.P.I.