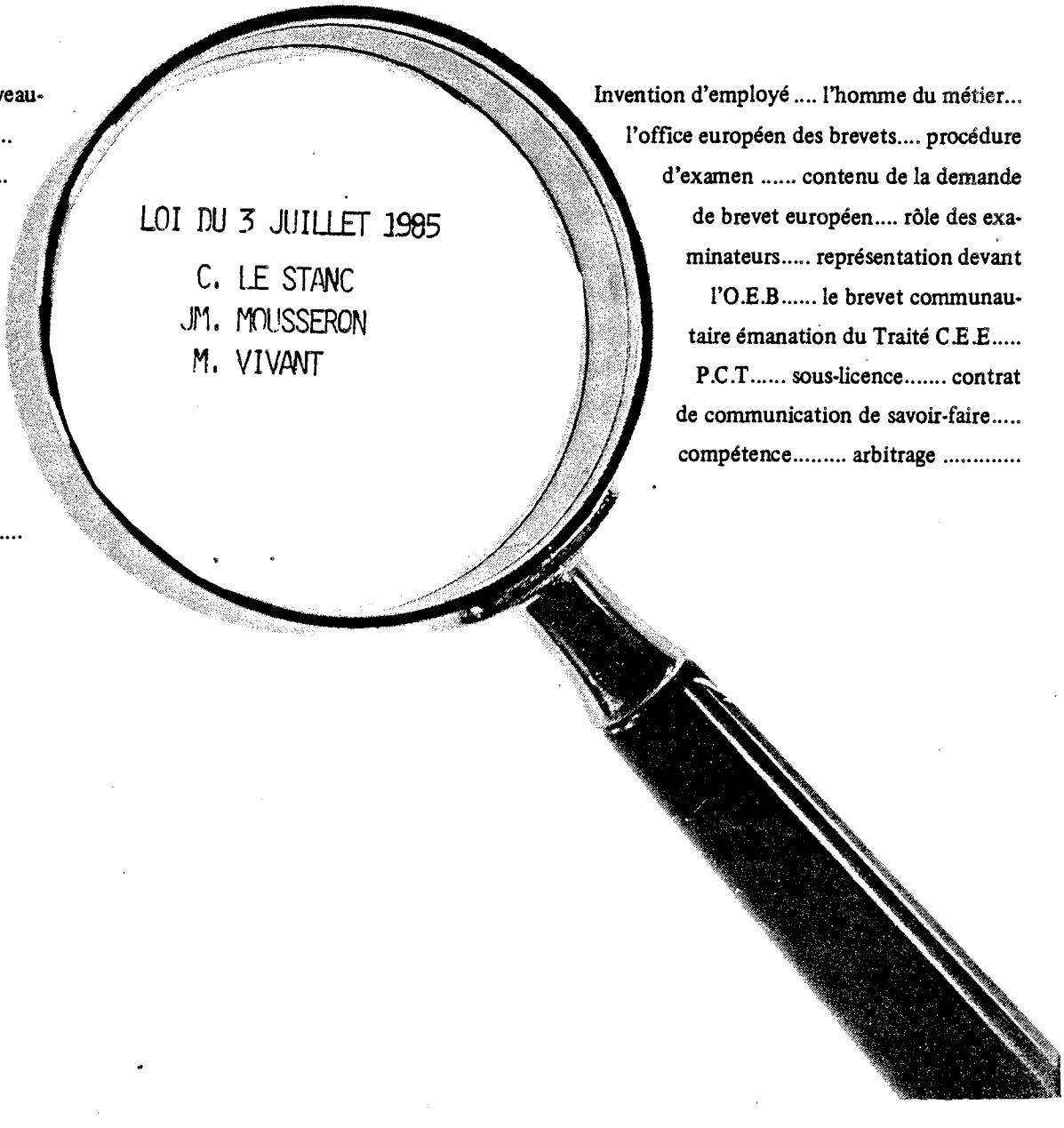
Centre du droit de l'entreprise

DOSSIERS

BREVETS 1985. V

Conditions de brevetabilité... nouveauté... antériorité de toutes pièces..... combinaison..... emploi nouveau... activité inventive....avis documentaire..... restauration..... certificat d'utilité ..... cession..... combinaison de moyens connus. licence obligatoire..... taxes ..... contrefaçon ..... action..... saisie-contrefaçon.... divulgation.. action en revendication.... possession personnelle..... nullité.....



Invention d'employé .... l'homme du métier... l'office européen des brevets.... procédure d'examen ..... contenu de la demande de brevet européen.... rôle des examinateurs..... représentation devant l'O.E.B..... le brevet communautaire émanation du Traité C.E.E..... P.C.T..... sous-licence..... contrat de communication de savoir-faire..... compétence..... arbitrage .....

LOI DU 3 JUILLET 1985

relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

TITRE V
DES LOGICIELS

Art. 45. - Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs.

Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif.

Art. 46. - Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait.

Art. 47. - Par dérogation au 2° de l'article 41 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 précitée, toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit, est passible des sanctions prévues par ladite loi.

Art. 48. - Les droits objets du présent titre s'éteignent à l'expiration d'une période de vingt-cinq années comptée de la date de la création du logiciel.

Art. 49. - Le prix de cession des droits portant sur un logiciel peut être forfaitaire.

Art. 50. - En matière de logiciels, la saisie-contrefaçon est exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance. Le président autorise, s'il y a lieu, la saisie réelle.

L'huissier instrumentaire ou le commissaire de police peut être assisté d'un expert désigné par le requérant.

A défaut d'assignation ou de citation dans la quinzaine de la saisie, la saisie-contrefaçon est nulle.

En outre, les commissaires de police sont tenus, à la demande de tout auteur d'un logiciel protégé par la présente loi ou de ses ayants droit, d'opérer une saisie-description du logiciel contrefaisant, saisie-description qui peut se concrétiser par une copie.

Art. 51. - Sous réserve des conventions internationales, les étrangers jouissent en France des droits reconnus par le présent titre, sous la condition que la loi de l'Etat dont ils sont les nationaux ou sur le terroire duquel ils ont leur domicile, leur siège social ou un établissement effectif accorde sa protection aux logiciels crées par les nationaux français et par les personnes ayant en France leur domicile ou un établissement effectif.

- La loi du 3 Juillet 1985 (J.O du 4 Juillet 1985, Dossiers Brevets 1985.III) a expressément admis que les logiciels pouvaient être objet de propriété littéraire et artistique mais a soumis ces nouveaux droits d'auteur à un régime comportant un certain nombre de traits particuliers qui conduisent à poser cinq séries de questions :

- QUE peut-on protéger ? (1°)
- QUI bénéficie de cette protection ? (2°)
- COMBIEN durera la protection ? (3°)
- EN QUOI consistera la protection ? (4°)
- QUAND jouera la protection ? (5°)

- Pour DOSSIERS BREVETS, ces questions sont débattues par :

. Christian LE STANC
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier
Avocat à la Cour
Co-auteur du LAMY INFORMATIQUE (1986)

. Jean Marc MOUSSERON
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Directeur du Centre du Droit de l'Entreprise
Auteur du TRAITE DES BREVETS (1984)

. Michel VIVANT
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Directeur de l'I.R.E.T.I.J.
Co-auteur du LAMY INFORMATIQUE (1986)

1°) OBJET DE LA PROTECTION

- JM.MOUSSERON : A supposer que le droit de propriété littéraire et artistique soit une technique de réservation d'une création donnée, quelles sont les créations qui entrent dans le champ d'application de la loi du 3 Juillet 1985 ? . Qu'est-ce qu'un logiciel ?

. Quels sont les logiciels couverts par la propriété littéraire et artistique ?

a) Qu'est-ce qu'un logiciel ?

- M.VIVANT : La nouvelle loi a, techniquement, fait surgir le problème bien qu'on ait parlé jusqu'ici fort abondamment de la protection du logiciel mais, paradoxalement, la loi n'apporte pas de réponses à la question.

Simplement, on peut dire qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction à l'intérieur du logiciel entre les logiciels standard et les logiciels spécifiques. Personne n'a de définition du logiciel. Peu importe qu'il s'agisse de la protection du logiciel X,Y,Z. Dès l'instant où le logiciel est identifié parmi les autres créations intellectuelles, il est soumis à un régime propre.

- JM.MOUSSERON : Le terme de "logiciel" a été pris parce qu'il était extensif. En discutant sur la signification du mot logiciel, nous avons conclu à une interprétation large de ce mot. Mais il se peut que, demain, quelqu'un ait intérêt à bénéficier non pas du régime réduit mais du régime large et à établir que sa création n'est pas un logiciel mais relève du régime général des droits d'auteur. Il n'est pas certain que les titulaires de ce genre de créations souhaiteront toujours réclamer le régime particulier. Le terme de "logiciel" a également été retenu parcequ'il correspond à quelque chose d'évolutif. Il n'est pas concevable que la loi ait envisagé de travailler uniquement pour les logiciels au sens possible où nous entendons ce terme en 1985. Cette loi s'appliquera dans dix ans et nous ne savons pas quels seront les "rejetons" des logiciels de 1985.

- C.LE STANC : On peut prendre l'arrêté de Décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique (J.O. Janvier 1982, NC 625), le terme logiciel correspond à "un ensemble de programmes, procédés, règles et, éventuellement, documentation relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données". On pourrait prendre ce texte qui est un texte linguistique et juridique pour définir jusqu'où vont les limites du logiciel.

Il y a peut être, aussi, quelque chose à tirer des textes étrangers, notamment américains et canadiens, assurant la protection des logiciels.

- M.VIVANT : La solution est de chercher une définition purement fonctionnelle. La question essentielle est de connaître les limites du logiciel. Fallait-il trouver une équivalence avec le "software", ou le positionner par rapport aux "programmes d'ordinateur" ? L'OMPI a fait un effort de différenciation.

En toute hypothèse, on peut s'inspirer des définitions et ne pas être tenus de les utiliser telles quelles. Aux termes des textes sur l'enrichissement de la langue française, le "didactitiel" n'est pas qu'un logiciel et, pourtant, la loi de 1985 doit le concerner; c'est la démonstration que l'on ne peut s'en tenir à une définition légale.

L'une des difficultés rencontrées tient aux créations complexes comprenant une dimension informatique. Dans cette hypothèse là, la partie informatique, la partie "logiciel" de la création relèvera nécessairement de la loi de 1985 et l'autre partie ne pourra pas être considérée comme une sorte d'accessoire devant suivre le principal. Pour prendre un exemple, un didactiel comprend une partie de logiciel et une partie de savoir-faire, très généralement réalisées par le même auteur. Il faudrait, si l'on admet l'éclatement, considérer distinctement les droits d'auteurs sur logiciels et les "droits" sur le savoir-faire. Ceci promet de beaux jours aux entreprises et à la jurisprudence.

- JM.MOUSSERON : Le problème n'est pas isolé. Dans certains cas, on peut dire, par exemple, que la même création relève par certains aspects du Droit des brevets et, par d'autres, du Droit de la propriété littéraire. Nous retrouvons l'expérience du cumul des droits de brevets et des droits d'auteur sur les créations non exclusivement esthétiques. En fait, il sera plus facile de procéder à une dissociation intellectuellement qu'économiquement ou industriellement.

b) Qu'est-ce qu'un logiciel "protégeable ?

- JM.MOUSSERON : Allons plus loin. Le logiciel n'est pas, en lui-même, per se, objet de droit d'auteur; il faut encore qu'il réponde à certaines conditions. S'agit-il des conditions ordinaires exigées d'une création pour qu'elle relève de la protection de la propriété littéraire et artistique ?

- M.VIVANT : Pour moi, les conditions sont parfaitement identiques; c'est le point majeur à souligner. Il s'agit de savoir si un logiciel satisfait ou non à la condition d'originalité... restant à résoudre la question traditionnelle de savoir ce qu'est l'originalité ?

- C. LE STANC : L'originalité est, normalement, la trace de la personne. Il faut, toutefois, se demander si cette notion n'a pas vieilli depuis le temps où elle portait essentiellement sur des oeuvres de caractère fondamentalement esthétique alors que la loi n'a jamais exigé que les oeuvres soient esthétiques pour être protégées. Il y a peut être lieu de donner une nouvelle définition de l'originalité. Vaste problème !

L'observation explique que certains spécialistes de propriété littéraire et artistique s'inquiètent des perturbations que l'enrichissement de son domaine pourra porter à son contenu.

- M.VIVANT : Peut-être faudrait-il attirer l'attention sur un point très simple mais qui peut être l'occasion de dérapage. D'ores et déjà, certains se demandent si le logiciel soumis aux articles 45 et 46 n'est pas tout à fait indépendant de la loi de 1957. il faut, alors, rappeler que l'article 3 de la loi de 1957 est rédigé de la façon suivante : *"Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens de la présente loi... les logiciels selon les modalités définies par la loi de 1985"*.

Il faut, donc, rester fidèle aux principes d'interprétation selon lesquels les dispositions de 1985 interviennent simplement comme dispositions dérogatoires aux règles de droit commun que contient la loi de 1957.

- JM.MOUSSERON : Nous ne sommes pas en présence d'un régime voisin du droit d'auteur, mais du régime du droit d'auteur sous réserve de quelques règles spécifiques. C'est la présence du mot logiciel dans l'énumération des oeuvres relevant de la propriété littéraire et artistique qui assure ce "rattachement".

Croyez-vous, alors, que, dans l'état actuel du droit et l'exigence d'originalité, il y ait beaucoup de logiciels objets de droits d'auteur? Parce que en définitive, le problème pour moi est de savoir s'il y en a cent, mille, un million ou plus.

- M.VIVANT : Les prévisions les plus larges doivent, sans doute, être retenues... mais il n'est pas possible d'aller plus loin. A l'heure actuelle, la jurisprudence ne s'est jamais posé la question : elle a opiné pour ou contre l'intervention du droit d'auteur, sans aller plus loin.

2°) TITULAIRE DE LA PROTECTION

- JM.MOUSSERON : Le second problème est le problème des bénéficiaires de cette protection. Il est d'autant plus délicat que le système du droit d'auteur consiste en la création d'un droit par le fait de la création et au profit du créateur et non pas par le fait d'un dépôt et au profit d'un demandeur, comme c'est le cas pour les propriétés industrielles.

- M.VIVANT : Qui va être titulaire des droits sur le logiciel ?

Le premier cas de figure, qu'il ne faudrait pas oublier, est celui où le logicel a été conçu en dehors de toute relation d'emploi, que son auteur soit libre de tout accord de ce type ou l'ait élaboré sans relation avec son activité professionnelle. Dans ce cas, jouent les règles ordinaires de la propriété littéraire et artistique : le droit d'auteur nait et, jusqu'à un éventuel contrat de cession répondant aux exigences particulier de ce genre de convention, demeure dans le patrimoine du créateur.

Le second cas de figure est celui où le logiciel a été conçu dans le cadre d'une relation d'emploi, est une création de salarié. C'est pour ce seul cas qu'intervient le texte dérogatoire qu'est l'article 45. Le texte comporte, malheureusement, une ambigüité dûe à une mauvaise rédaction car, à première lecture, on peut avoir le sentiment que l'entreprise dispose de tous les droits sur le logiciel puisque l'expression "tous les droits" figure dans le texte. Il y a, toutefois, de multiples raisons pour penser le contraire. La plus frappante et, pour moi, convaincante est que le texte parle de "droits dévolus"; or,

ne peuvent être "dévolus" que les droits susceptibles de l'être selon le Droit commun, c'est à dire les droits pécuniaires. L'observation est, d'ailleurs, renforcée par le fait que l'article 45 prévoit que le logiciel "appartiendra" à l'employeur; le terme "appartenir" renvoie d'une façon assez manifeste à des prérogatives de type patrimonial. Les travaux préparatoires montrent la volonté du législateur de régler le sort des prérogatives patrimoniales au titre de l'article 45 et le sort des prérogatives extra-patrimoniales, morales, au titre de l'article 46 (v.annexe 1).

- JM.MOUSSERON : On peut faire un rapprochement avec le Droit des brevets qui utilise également la formule : "le droit de propriété industrielle appartient à..." et qui réserve le droit au nom ou le droit moral à l'inventeur sans l'englober dans les droits qui seraient dévolus à l'employeur.

Le droit d'auteur sur le logiciel non seulement naîtrait par la création de ce logiciel mais naîtrait dans le patrimoine de l'employé; la composante pécuniaire de ce droit se trouverait, toutefois, immédiatement, en un instant de raison, dévolue, transférée en quelque sorte à l'employeur, le mot "dévolu" étant utilisé pour indiquer ce mouvement de l'employé à l'employeur et non pas cette naissance originaire dans le patrimoine de l'employeur.

- C.LE STANC : L'expression "dévolu" me pose problème. Le Droit des brevets est relativement indifférent à la personne de l'inventeur alors que le droit d'auteur est attaché à la personne de créateur; ce n'est pas par hasard que ce mot "dévolu" a été retenu alors qu'il signifie que, par une sorte de fiction de la loi, les droits patrimoniaux sur les créations vont à l'employeur; tout ce qui n'est pas "dévolu" à l'employeur reste, à mon sens, au salarié.

Par conséquent, les droits moraux demeurent à l'employeur sauf ceux qui seraient spécialement "visés" par le texte spécifique au logiciel.

- JM.MOUSSERON : Au fond, pour ces "logiciels de salariés", la situation de droit commun serait le maintien dans le patrimoine de l'employé mais il n'y aurait plus guère que le droit moral à connaître le régime du droit commun parce qu'il ne serait pas expressément dévolu à l'employeur.

- M.VIVANT : Sous réserve de la disposition contraire de l'article 46... L'auteur peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite du droit d'exercer son droit de repentir. Mais dans cette lecture, comme le disait C.LE STANC, demeurent les droits qui n'ont pas été atteints par cet article 46 et, en particulier, le droit de divulgation.

- JM.MOUSSERON : Alors, vous disiez justement que le régime de dévolution concerne uniquement les créations de salariés faites en cours d'exécution de leur contrat de travail et ne concerne pas les logiciels faits dans d'autres cas. Cela signifie-t-il que le texte est applicable à ce qu'on appellerait le "logiciel de mission" ?

- C. LE STANC : C'est celà ! La situation de l'article 45 correspond, en cette matière, à l'article 1 ter 1° du Droit des brevets. Les créations faites en dehors de cette mission sont certainement des oeuvres propres qui appartiennent au salarié.

Dans l'affaire PACHOT-BABOLAT, le logiciel a été construit par le comptable en dehors de son activité et, aux termes de la nouvelle loi, lui appartiendrait, sans doute.

Seules les "créations de mission" sont concernées par la loi et non par le reste : créations "libres" et créations "mixtes" "appartiennent" au salarié.

- JM.MOUSSERON : Pour celles là, nous restons au contact du régime de droit commun régissant les créations esthétiques de salariés. On retrouve, alors, le problème du support formel des opérations qui pourraient transférer le droit d'auteur du patrimoine de l'employé au patrimoine de l'employeur.

- C.LE STANC : Dans l'affaire PACHOT-BABOLAT, il aurait fallu qu'il y ait un contrat...écrit pour que le logiciel créé par PACHOT passe à BABOLAT.

- JM.MOUSSERON : Je pense à la situation d'un informaticien, d'un programmeur qui a commencé à mettre au point quelque chose, puis qui est embauché par l'employeur et c'est durant le contrat de travail qu'il achève, éventuellement sur instructions, la conception de son logiciel. La situation est la même s'il commence l'opération de son côté puis reçoit instruction de poursuivre dans le cadre de son emploi. Le

problème va se poser de savoir si ce logiciel est un logiciel de salarié. Si on tient compte du début de la création : non ! Si on tient compte de la fin de la création : oui ! On va retrouver exactement le même problème. Et là, c'est très important parcequ'en Droit des inventions de salarié, à mon avis, lorsqu'une création mixte est portée à la connaissance de l'employeur et que l'employeur dit "C'est très intéressant; finissez", elle ne devient pas pour autant une invention de mission puisqu'une large part de sa conception est situés avant la mission inventive. Pour les créations de logiciel, la même attitude devrait prévaloir.

- C.LE STANC : Avec une différence qui pourrait avoir des conséquences importantes : en matière de brevets, c'est l'idée qui sera appropriée alors qu'en matière de logiciel, c'est l'idée mise en forme. Peu importera, donc, le moment où l'idée est intervenue; ce qui comptera pour la protection, c'est le moment de la mise en forme de cette idée.

- JM.MOUSSERON : On peut donc voir plusieurs formes successives, chaque forme successive relevant d'un régime propre.

- M.VIVANT : Se pose alors, la question du statut de la dernière création celle que l'on peut imaginer faire lorsque le salarié est embauché par rapport à la création précédente l'instant où il est embauché.

- JM.MOUSSERON : Pourra-t-on toujours dire qu'elle est originale ?

- M.VIVANT : Faudrait-il retenir une situation d'autodépendance ? Je ne le pense pas.

- JM.MOUSSERON : Notons que les différends relèveront des Tribunaux de Grande Instance et point des Conseils des Prud'hommes. Ce ne seront pas dix Tribunaux spécialisés mais tous les Tribunaux de grande instance pourront en connaître.

3°) DUREE DE LA PROTECTION

a) Délai

- JM.MOUSSERON : Les règles spécifiques portent également sur la durée de la protection : 25 ans à compter de la création.

La loi prévoit la protection pendant 25 ans à compter de la création.Certains regrettent-ils cette durée brève par rapport au délai long qu'on trouve en droit commun ?

- C.LE STANC : Même si la nostalgie n'est plus ce qu'elle était, il y a toujours place pour des regrets. Les langages, par exemple, sont peut être aussi des logiciels; or, les langages sont utilisés pour une durée plus longue; il n'est pas forcément opportun qu'on mette des difficultés d'accès aux langages. Si ces langages sont effectivement des oeuvres et sont des logiciels protégeables, la durée de la protection du langage risque d'être longue. D'autre part, il y a lasituation de la documentation. Si on estime que la documentation auxiliaire est un logiciel et qu'elle souhaite entrer dans cette catégorie, la protection à 25 ans est possible puisqu'il s'agit, par delà, de protéger le logiciel.

Maintenant, on peut poser à la question de droit -et plus de fait- de savoir si, dans des cas plus exceptionnels, on ne peut pas tirer sur la corde pour revenir au Droit commun. Après 25 ans, peut-on imaginer que le logiciel qui a observé des règles assez particularisées par rapport au droit d'auteur, retrouve le Droit commun. On peut envisager que le régime général s'applique lorsque le régime court aura fini de produire ses effets. M.VIVANT dirait que les textes spéciaux dérogent aux textes généraux, c'est vrai, mais...

- M.VIVANT : On a tendance à dire qu'on est dans un régime dérogatoire et non cumulatif. On est bien dans un régime qui déroge au régime commun puisqu'à l'article 3, il est dit que le logiciel est protégé dans la forme des articles 45 et suivants de la loi.

- C.LE STANC : Donc, la seule possibilité de sortir du régime particulier serait de rencontrer un logiciel qui n'est plus un logiciel.

- M.VIVANT : Dans cette hypothèse, c'est tout à fait possible. Si, par exemple, une documentation auxiliaire n'est pas un logiciel, le logiciel sera protégé pendant 25 ans et la documentation auxiliaire sera soumise à un régime du droit commun. Ceci est envisageable lorsqu'il s'agit d'une qualification complexe, une partie logiciel et une autre partie création.

b) Point de départ

- M.VIVANT : C'est indiscutablement la création qui est le point de départ du délai de protection : l'article 48 dispose que les droits s'éteignent à l'expiration d'une période de vingt cinq années "comptée de la date de la création du logiciel".

Notons alors que, dans la tradition de notre Droit, la création n'est pas du tout synonyme de publication. Il peut y avoir création sur les journaux intimes, sur des notes qui ont vocation à évoluer, qui sont créées dans une forme à certaines dates, pour être réécrites quinze jours ou quinze ans après, dans une autre forme. Il faut admettre qu'il y a création à chaque étape de ce qui se traduira dans le processus final par le logiciel potentiellement commercialisable. Et, à cet égard, il est assez pertinent de noter que le dépôt auprès d'un organisme de type INPI avec enveloppe SOLEAU, ou chez un notaire ou d'autres organismes privés qui se mettent en place ne peut absolument pas résoudre le problème de la date de la création. Ils peuvent simplement prouver qu'à cette date, une certaine forme existait mais cela ne peut nullement dater la création.

- JM.MOUSSERON : On peut arriver à prouver qu'à telle date on connaissait quelque chose. Celà ne veut pas dire qu'avant, on ne le connaissait pas et il est même certain que l'auteur du dépôt de l'enveloppe SOLEAU a créé l'information ou la forme qui y est consignée avant de se rendre à l'INPI.

- M.VIVANT : Il faut noter une distorsion profonde par rapport au Droit commun de la propriété littéraire. En Droit commun, le droit dure la vie plus cinquante ans; le moment de la création est, sans doute, important pour apprécier s'il y a eu ou non création mais a une importance limitée pour mesurer la durée du droit. Avec le texte nouveau, la durée, réduite, se mesurera en totalité à partir du jour de la création.

- JM.MOUSSERON : Curieusement, au fond la date de création intervient sous le régime de Droit commun, pour le point de départ de la protection et non pas pour son terme extinctif tandis que dans le régime d'exception, elle intervient pour le point de départ et pour le terme extinctif. Et, du même coup, on ne va pas trouver beaucoup d'appui dans le régime de droit commun pour régler ce problème d'expiration du droit.

- M.VIVANT : L'utilisation du dépôt peut même être dangereux, pour les tiers, en ce sens qu'elle peut être moyen de fraude à la loi. On peut très bien imaginer, en effet, que le créateur du logiciel "dépose" le même logiciel tous les mois pour pouvoir sortir l'enveloppe dont il a besoin : la première ou la dernière.

4°) CONTENU DE LA PROTECTION

- JM.MOUSSERON : On arrive maintenant au contenu de ce droit. On voit que le droit sur le logiciel lie deux composantes, le droit moral et le droit pécuniaire.

a) Le droit moral

- C.LE STANC : Pour une invention brevetable, le droit moral est uniquement le droit au nom. S'agissant d'une création relevant de la propriété littéraire et artistique en quoi consiste-t-il ? Il y a plusieurs prérogatives qu'on appelle les "prérogatives morales".

Il y a, par exemple, le droit de divulgation, déjà rencontré.

Il y a le droit de paternité qui n'est pas, comme en matière de brevets, la simple faculté d'apparaître comme l'auteur de l'invention, mais le droit de faire en sorte que le nom de celui qui a créé l'oeuvre apparaisse sur chacun des exemplaires commercialisés; ce qui est sensiblement différent.

Il y a le droit à l'intégrité de l'oeuvre qui signifie que l'oeuvre ne doit pas être amputée, ne doit pas être abîmée de telle sorte que l'honneur, la réputation de celui qui l'a créée ne puisse être mis en cause.

Il y a le droit de repentir, le droit de retrait : c'est le droit, lorsqu'un auteur a mis son oeuvre en circulation dans le commerce, de faire en sorte que l'oeuvre ne soit plus montrée, ne soit plus exploitée, ne soit plus utilisée à charge pour lui, cependant, de dédommager préalablement celui dont il veut faire cesser l'exploitation. C'est le droit commun de la propriété littéraire et artistique qui s'applique; tout celà est dans la loi de 1957.

- JM.MOUSSERON : Ce régime de droit commun s'applique-t-il au logiciel ?

- M.VIVANT : Tel n'est plus le cas puisque l'article 46 prévoit que, désormais, l'"auteur" -pour qu'on voit bien la différence entre le créateur et l'entreprise quand il y a création de salarié -ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait. Il ne peut s'opposer à l'adaptation de l'oeuvre, il n'a plus, désormais, cette prérogative qui tendait à assurer l'intégrité et le respect de l'oeuvre; il ne peut plus exercer son droit de repentir ou de retrait. Reste donc simplement, semble-t-il, la faculté de se faire reconnaître la paternité de l'oeuvre, le droit au nom.

Reste le problème du droit de divulgation. Et si nous admettons l'interprétation que nous avons faite tout à l'heure, cette faculté de divulgation reste au profit du créateur même dans l'hypothèse d'une création de mission.

- JM.MOUSSERON : Donc, il peut ne pas divulguer, c'est un paradoxe et cela fait partie de ses droits extra-patrimoniaux.

- M.VIVANT : La loi dit que la conclusion d'un contrat de louage et de service n'emporte aucune dérogation aux prérogatives dévolues à l'auteur. C'est uniquement dans le cadre de l'abus que l'on pourrait sanctionner leur exercice.

A ma connaissance, il n'y a pas de jurisprudence en matière de création de salariés, mais on pourrait faire une parallèle avec les créations de commande. Le propre des créations de commande est que l'auteur tenu à livrer doit divulguer l'oeuvre; il a été, pourtant, admis que celui qui s'était contractuellement engagé, avait légalement la faculté de ne pas divulguer. Donc, dans une situation différente mais voisine, on a admis que la prérogative légale l'emporterait sur

l'obligation contractuelle. H.DESBOIS le rappelle dans son Traité lorsqu'il dit que, malgré les engagements assurés dans le cadre du contrat de commande, l'artiste conserve une entière liberté de décision; dans tous les cas, l'auteur jouit du pouvoir discrétionnaire de l'article 19 § 1°. Ceci tient à un mécanisme qui n'est plus droit d'auteur que dans l'apparence, dans sa dénomination. Nous sommes en présence d'un droit qui s'oriente aujourd'hui vers un droit d'entreprise. On fait du droit d'auteur en faisant autre chose et la logique de la loi imposera, peut être, de reconnaître de nouvelles exigences. C'est un choix qu'il faudra faire. Pour ma part, je ne serais ni surpris ni véritablement choqué que cette interprétation se fasse, mais en tout cas, si elle doit se faire, elle se fera d'abord parce que le texte de la loi de 1985 n'est pas bien conçu et ensuite, parce que nous nous trouvons assis entre deux chaises.

- JM.MOUSSERON : Il serait quand même curieux que, dans le cas d'une création de salarié, donc d'un contrat de travail obligeant le salarié à construire et bien entendu à communiquer son logiciel à l'employeur, celui-ci puisse, au titre d'un autre texte, refuser l'exécution de son obligation.

- M.VIVANT : On a fait le choix d'appliquer au logiciel le droit d'auteur. La logique du droit d'auteur est de donner la place prédominante au créateur.

- JM.MOUSSERON : Et de décider, par conséquent, que la divulgation n'est pas dûe par le créateur à qui que ce soit.

- C.LE STANC : Cela semble étrange, mais il semble que ce soit ainsi.

- M.VIVANT : Je résumerai en disant que l'on a le choix entre une violation de la loi et une absurdité.

- JM.MOUSSERON : A priori, vous préfèreriez la violation de la loi

- M.VIVANT : A condition de lui faire un enfant. Toute la question est de savoir si, puisqu'on parle de droits d'auteur, le système du droit d'auteur doit jouer comme tel ou si l'on admet que, malgré les apparences, on est déjà en train de faire autre chose et que sur certains points l'on peut admettre un certain gauchissement des normes.

b) Le droit pécuniaire

- JM.MOUSSERON : Voilà pour la composante du droit moral. Pour la composante du droit pécuniaire, comment voyez-vous les choses ?

- C.LE STANC : Deux problèmes essentiels concernent le droit de reproduction et le droit de représentation. Il faut bien voir que ces deux notions ont été faites pour les oeuvres à caractère esthétique et ne conviennent pas tout à fait à l'exploitation particulière des logiciels.

- JM.MOUSSERON : En quoi consistent, concrètement, ces prérogatives lorsque le droit d'auteur porte sur un logiciel ?

- C.LE STANC : Le droit de représentation peut avoir un sens pour les logiciels de jeux vidéo.

Il en a peut être, encore lorsqu'on sort sur un écran ou sur un papier le listing qui correspond au programme lui-même; il peut y avoir là, un aspect de représentation.

En revanche, c'est l'aspect de reproduction qui intéresse les investisseurs en matière de logiciel puisqu'il permet de réserver à l'auteur le droit de le reproduire sous forme d'exemplaires pour le communiquer au public.

- JM.MOUSSERON : Revenons d'ailleurs sur la représentation. Je dirais qu'il y a presque une antinomie entre la situation de l'oeuvre artistique classique et la situation du logiciel car le titulaire des droits matériels sur le premier va s'efforcer d'obtenir la représentation de la pièce de théâtre ou de l'oeuvre musicale tandis que le titulaire de droits d'auteur sur le logiciel s'efforcera davantage de conserver le secret, de doubler la protection juridique par la propriété littéraire et artistique, par la protection du fait que la confidentialité obtient. Si, dans le cas de l'oeuvre esthétique ordinaire, le droit d'auteur paraît répondre à tous les soucis de protection de son titulaire, s'agissant du logiciel, l'intervention de la propriété littéraire et artistique n'obtient pas à la perfection la situation que souhaite le titulaire du droit.

- M.VIVANT : Celà explique l'origine de la loi. Ecartée la protection par le Droit des brevets, le logiciel s'est trouvé dans une situation où il ne faisait pas l'objet de droit privatif. On a, alors, imaginé la propriété littéraire et artistique pour obtenir de son titulaire l'action en contrefaçon, avec les facilités qui lui étaient attachées. Mais en faisant reconnaître au profit du logiciel le bénéfice de la loi de 1957, on se trouve désormais dans une situation où ce n'est pas seulement la faculté d'agir en contrefaçon qui est attachée au statut du logiciel, mais l'intégralité des dispositions de la loi de 1957, y compris celles qui sont les plus étrangères à ce qui a été le besoin premier des demandeurs de protection.

Le plus intéressant est de souligner non pas la teneur positive des prérogatives pécuniaires, mais les limitations apportées au droit commun de la loi de 1957, que l'on trouve à l'article 47 de la loi de 1985 dérogeant formellement à l'article 41 de la loi de 1957. *"Toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants-droit est passible de sanctions prévues par ladite loi"*. On va restreindre les cas d'utilisation licite pour permettre la poursuite et, éventuellement, la sanction. Ce texte appelle un certain nombre d'observations. Il n'y a, désormais, que deux reproductions tolérées : . la première est l'établissement d'une copie de sauvegarde qui tranche avec notre tradition juridique permettant l'utilisation à usage privé mais me paraît en conformité avec les conventions internationales; on peut seulement, se poser la question de savoir si une copie de sauvegarde veut dire seulement "une", ou si le terme de sauvegarde l'emporte et permettrait plusieurs copies.

. La seconde me semble appeler la critique. Il est dit que *"Toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants-droits est passible de sanctions"*. Ce qui revient à dire que lorsqu'on est en présence d'un logiciel du type progiciel vendu dans les supermarchés sous forme de disquettes, il faudrait s'en tenir aux mentions du fabricant -qu'on ne trouvera peut être pas sur la disquette-, pour savoir qui peut l'utiliser. Un client achète une disquette sans aucune mention : il n'y a pas d'usage expressément autorisé; il achète la disquette à la condition de ne pas pouvoir s'en servir. Si on veut être moins caricatural, il faut envisager qu'il est dit que l'usage est réservé à l'acheteur. Si vous achetez la disquette pour votre fils, pour votre femme, si on s'en tient à la lettre de la loi, le tiers à qui on remet la disquette est contrefacteur.

- C.LE STANC : La théorie de l'épuisement du droit ne joue pas en matière de propriété littéraire et artistique. Le titulaire du droit peut restreindre l'usage, voir l'interdire à qui que ce soit dans le circuit commercial.

Il ne peut, donc, y avoir de licence tacite : d'où le besoin d'une convention expresse et, généralement, sur l'emballage de la disquette figure un contrat de licence qui comporte une façon d'exploiter la disquette excessivement limitative pour l'acquéreur; notamment ; il n'a pas le droit de revendre, de l'utiliser de telle façon...

- JM.MOUSSERON : L'acquéreur d'une disquette comportant un programme n'obtient, par conséquent, que les facultés d'usage qui lui sont expressément concédées par le fabricant.

- C.LE STANC : Au delà, il est certainement contrefacteur.

- M.VIVANT : La loi emploie le terme "expressément" qui, sans renvoyer nécessairement à un écrit, me paraît particulièrement gênant.

- C.LE STANC : Pensez-vous qu'il y ait contrat dans l'hypothèse où sur une vignette unissant la disquette à une pochette portant, imprimées des conditions générales de licence, se lit la mention : "en brisant ce sceau, vous acceptez le contrat" ?

- JM.MOUSSERON : Ma réponse est affirmative. Je pense à ce que nous disons sur les contrats de confidentialité : à partir du moment où vous recevez et gardez un document sur lequel se trouve un tampon "secret", vous êtes considéré comme acceptant l'offre de conclusion du contrat de confidentialité qui vous est faite. Dans la situation que vous présentez, on va même plus loin. Et, par conséquent, l'acceptation s'est davantage exprimée.

- C.LE STANC : Supposé le contrat exister, quelle en est la nature juridique ? La question peut, d'ailleurs, être élargie aux différents accords portant sur des logiciels, objet de droits d'auteur.

- JM.MOUSSERON : A priori, par inspiration des expériences voisines, je pense à la licence qui, dans la majorité des cas, vaut location de la création.

- M.VIVANT : La loi de 1957 n'est pas construite autour de cette notion, en tout cas pas explicitement. Alors qu'en matière de brevets, nous avons deux contrats principaux, la cession et la licence, H.DESBOIS souligne, dans son Traité, que la concession est quelque chose qui existe très peu à l'état pur.

En dehors d'une qualification primaire, comment analyser les contrats de type "édition", "représentation" ou autres ?

- C.LE STANC : Le problème est important car, s'agissant de logiciels, les hypothèses de licence ou de cession de droits sont plus fréquentes que ne l'étaient, dans le passé, les cessions et licences de droits d'auteur ayant d'autres objets.

- M.VIVANT : Faut-il que cette licence -catégorie générale- satisfasse dans le même temps à des exigences tenant à des catégories plus particulières qui sont celles de la loi de 1957. La question se justifie puisqu'on sait que la loi de 1957 est très exigeante sur les conditions contractuelles de forme mais de fond, aussi.

La question est d'autant plus importante que, dans la pratique, on sait très bien que les contrats ne seront jamais qualifiés ou le seront de façon très légère, rapide.

- JM.MOUSSERON : Le problème est, peut être, un problème d'opportunité. Quelle va être la conséquence de la qualification, via la licence, de ces contrats comme louage ?

- C.LE STANC : L'enjeu est important. Si c'est de la vente, vous avez déjà tout un régime de garantie de style particulier; si c'est du louage, le régime de garantie sera un peu différent parce que le loueur sera tenu non seulement des vices préexistants mais, également, des vices qui peuvent apparaître en cours d'opération. Il y aura, donc, toute une économie de clauses à éventuellement prévoir. L'intervention du prix n'est pas nécessaire pour l'entreprise alors qu'elle est nécessaire pour les contrats précédents. Dans le contrat d'entreprise, le client peut mettre fin à tout instant au contrat alors que dans les contrats de louage, il ne le peut pas...

- JM.MOUSSERON : Est-il opportun d'appliquer à ces contrats de logiciels ces régimes lourds de garantie, de détermination du prix qu'impose leur qualification comme louage ?

Notons qu'il n'y a pas à s'étonner de cela car le problème de la qualification des contrats d'exploitation de brevet s'est parallèlement posée à propos de problèmes de garantie et ceux qui ne voulaient pas de garantie dirent "ce n'est pas la licence" et ceux qui en voulaient ont dit : "c'est de la licence". Il n'y a pas plus excentricité à baptiser louages les contrats de logiciels qu'à baptiser louage les contrats d'exploitation de brevets. Le fait qu'on le dise depuis 100 ans pour les brevets donne à la proposition un air tout à fait classique mais, a priori, je ne vois pas de grande différence. On peut, alors, imaginer maintenant le problème de la sorte : l'application aux contrats de logiciels des lourds mécanismes de détermination du prix ou de garantie que l'on rencontre dans la vente ou louage est-elle opportune ?

- C.LE STANC : Prenons la situation la plus commune : une entreprise vend du matériel et remet en même temps un logiciel de base. Imaginons qu'il y ait, peut être, des difficultés de mise en oeuvre. Va-t-on les imputer au matériel ou au logiciel ? Ce n'est pas facile et dans ce cas, ne faudrait-il pas trouver une qualification juridique globale ? Faut-il, au contraire admettre, comme la jurisprudence le fait, qu'il n'y avait pas "vente" de logiciels en même temps que vente de matériel ? Faut-il désolidariser les opérations et trouver à chacune leur régime propre ?

- JM.MOUSSERON : Appliquer le même régime permettrait, en effet, de dire qu'il y a cession du support et licence sur le logiciel sans poser les problèmes effroyables résultant de "garantie du support, non-garantie du logiciel" ?

Je reviens à la garantie d'éviction du fait des tiers. Si il y a 100 propriétés littéraires et artistiques, c'est sûrement un coup de malchance de "tomber" sur un logiciel protégé. Si il y en a un million, les hypothèses de contrefaçon seront extrêmement nombreuses et fréquentes. Pour qu'un logiciel échappe, pour la totalité de ses composantes, à ce million de droits d'auteur, il devra, lui-même, être très original. Donc, les situations seront nombreuses où un utilisateur de logiciel contrefera le droit d'auteur d'un tiers, pourra par conséquent, être évincé de son utilisation puis par un tiers et, en l'absence de clauses recourra à la garantie de son fournisseur.

- M.VIVANT : Ce n'est peut être pas nécessaire. Si on admet que beaucoup de logiciels ont vocation à être protégés, c'est en plaçant l'exigence d'originalité, la barre d'originalité, extrêmement bas. Donc, dans cette

hypothèse là, le logiciel sera facilement original même s'il est fortement inspiré par des logiciels de tiers. N'oublions pas surtout que le droit d'auteur réserve une forme et point une création de fond.

En réalité, je crois qu'on ne peut, dans l'abstrait, le dire tel quel. Il me semble qu'il n'y a pas, nécessairement, un lien entre la masse protégeable et la masse potentielle de contrefaçon. Bien que celà n'ait jamais, à ma connaissance, été envisagé dans ces termes pour les logiciels, je crois qu'on risque de trouver quelque chose que l'on connaît bien en Droit des brevets : le rapport entre l'accès à la protection et la teneur de la protection. Je pense qu'on risque d'arriver à une protection en définitive de peu d'ampleur.

- JM.MOUSSERON : Est-il opportun de prévoir un régime de garantie lourd dans ces contrats de logiciels ? S'il est opportun, la qualification comme contrat de cession ou de licence est excellente; si c'est inopportun, ces qualifications deviennent dangereuses. Je n'ai pas de conclusion, je pose des questions.

- M.VIVANT : La question se pose, malheureusement, aussi en terme de légalité. Je veux dire qu'on n'a pas la liberté de faire n'importe quelle construction; plus précisément, on ne peut faire ces constructions que dans une situation de liberté surveillée par référence à des exigences légales.

- JM.MOUSSERON : Au mieux, ce sont des non-qualifications et au pire ce sont des contrats de licence parce qu'on n'est pas libre de faire un louage et de dire : "le régime juridique du louage ne s'appliquera pas". En définitive, lorsqu'on dit "contrat de logiciel" au lieu de "contrat de louage", on écarte un régime juridique après avoir tout fait pour le susciter.

- C.LE STANC : Il faut traiter à part le contrat de commande de logiciel. Deux qualifications sont candidates à la qualification : la vente de chose future et le contrat d'entreprise. Si le logiciel est protégé par le droit d'auteur, il y aura vente. Au cas contraire -et c'est, d'ailleurs, votre suggestion en matière de "cession" d'invention non brevetée-, il y a contrat d'entreprise, donc : régime de contrat d'entreprise, donc, indéterminabilité du prix possible si l'oeuvre n'est pas suffisamment originale pour être constitutive d'une oeuvre protégée au sens de la loi de 1957.

Supposons qu'il y ait un vice caché, il sera important de déterminer si c'est une vente. Si c'est une vente, le vendeur-fournisseur professionnel ne pourra pas éviter sa responsabilité alors que les clauses de non garantie sont valables pour les autres contrats.

- M.VIVANT : Regardez ce que dit la loi de 1957 sur le contrat d'édition :

> *"L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et sauf convention contraire exclusive du droit cédé. Il est tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toute atteinte qui lui serait portée".*

Et, dans le deuxième alinéa, il n'y a pas de convention contraire prévue. La convention contraire n'est que sur le caractère exclusif et non pas sur le caractère paisible. Donc, il y a déjà un statut juridique particulier qui est attaché à la sous-qualification de contrat d'édition.

- C.LE STANC : Il va y avoir un élément de complexité supplémentaire propre à l'informatique; c'est le régime dégagé par les tribunaux de l'obligation de conseil, d'information avant, pendant et après; dans la mise à disposition du logiciel, elle existe quel que soit le régime juridique qui le protège ou pas,

5°) APPLICATION DES TEXTES

a) Application dans le temps

- JM.MOUSSERON : Abordons, maintenant une autre question qui est le domaine d'application de ces textes. Ce qui m'intéresse le plus est l'application dans le temps, dans la mesure où cette loi s'applique à des droits nés, après le 1er Janvier 1986. Donc, il ne s'applique pas aux droits nés avant le 1er Janvier 1986, étant entendu que si, pour les brevets, les gens ont la possibilité de jouer sur les lois en anticipant ou en différant leurs dépôts, pour les droits d'auteur où le fait générateur est la création, pareille possibilité n'a pas de correspondant, la création ne se faisant pas sur commande, le 31 Décembre ou le 1er Janvier. C'est donc par le fait que la création sera, par exemple,

intervenue après le 1er Janvier 1986 que la loi du 3 Juillet 1985 s'appliquera et avant le 1er janvier 1986 qu'elle ne s'appliquera pas. Alors, se pose le problème, essentiel pour nous à l'heure actuelle, du régime dont relèvent -et relèveront ?- tous les logiciels conçus avant le 1er Janvier 1986.

La question est posée par l'attitude contradictoire des juridictions qui, les unes, reconnaissent que les logiciels relèvent du droit d'auteur et les autres affirment le contraire. Le fait que la loi du 3 Juillet 1985 dise qu'ils relèveront de la propriété littéraire et artistique à compter du 1er janvier suivant ne règle pas le sort des logiciels conçus avant le 1er Janvier, c'est à dire de tous ceux que nous connaîtrons jusqu'à l'aube de l'année prochaine. La jurisprudence aura, donc, à trancher et ce sera, sans doute, le rôle de l'arrêt PACHOT-BABOLAT que la Chambre sociale de la Cour de cassation devrait rendre au printemps. Il peut casser l'arrêt de la Cour de PARIS et décider que la propriété littéraire ne jouera pas avant 1986; il peut rejeter le pourvoi et décider que la propriété littéraire jouera avant 1986.

Mais se posera, alors, un second problème : quel régime de propriété littéraire ?

- M.VIVANT : Indiscutablement, jusqu'au 1er Janvier 1986, c'est le droit d'auteur de type classique qui s'applique : d'où le conseil à donner à des informaticiens : qu'ils soient créatifs le plus rapidement possible avant le 31 Décembre 1985 s'ils veulent conserver leurs droits au détriment de l'entreprise.

- JM.MOUSSERON : Tirons-en les conséquences, point par point.

Prenons le premier point. Nous avons dit que du point de vue de la définition de l'objet de la protection, le régime général s'applique; il ne serait, donc, pas perturbé, le 1er Janvier 1986 et les mêmes créations seront protégées avant comme après cette date.

En revanche, du point de vue du bénéficiaire de la protection dans l'hypothèse des créations de salariés, alors qu'il y aura dévolution automatique à partir de 1986, il n'y a pas de dévolution automatique à l'employeur avant 1986.

- M.VIVANT : Le régime des créations de salarié est, alors, extrêmement simple : la création appartient au salarié sauf dans l'hypothèse où il y aurait des conventions particulières.

- C.LE STANC : Il y a peut être une atténuation avec les oeuvres collectives.

- JM.MOUSSERON : Vous avez un droit d'auteur, vous le cédez, l'écrit est là uniquement comme instrument de preuve ?

- M.VIVANT : Indiscutablement.

- JM.MOUSSERON : On retrouve, alors, le problème de la durée de protection. Le problème va se poser très tôt pour les créations faites en 1960, le problème va se poser de savoir si, en 1986, elles sont toujours couvertes par le droit d'auteur.

- M.VIVANT : Le problème est de savoir quelle est la durée des droits créés avant le 31 Décembre 1985, à dater du 1er Janvier 1986. Doit- on considérer que nous rencontrerons les effets futurs d'une situation passée à appréhender par la loi nouvelle ? Les effets futurs continueront-ils au contraire à être régis par la loi ancienne ? C'est très difficile. Bien que la notion de droit acquis ne soit plus du tout utilisée en terme d'analyse juridique, je me demande si quand même, on ne devrait pas le retrouver.

- JM.MOUSSERON : Je trouve curieux qu'une loi vouée à les protéger exproprie bel et bien les auteurs de logiciels ! D'un point de vue strictement technique, je rappelle que, sauf loi expressément rétroactive, les textes nouveaux ne s'appliquent pas aux droits anciens. L'idée de l'application des lois nouvelles aux effets futurs -postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle- des contrats passés conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle joue pour les contrats seulement.

On pourrait, aussi, songer à utiliser les règles envisagées pour les délais de prescription; tout le délai nouveau de protection partirait de 1986.

b) Application dans l'espace

- JM.MOUSSERON : Dernier problème : le domaine de la loi dans l'espace : X a conçu un logiciel en Grande Bretagne; a-t-il un droit en France ?

- M.VIVANT : Le principe fondamental en cette matière est l'application de la loi territoriale. Dans l'abstrait, on distingue les naissances des droits étrangers et on fait valoir qu'il faudrait apprécier l'existence du droit en fonction de la possibilité de voir naître ces droits à l'étranger. Il pourrait y avoir une double considération de la loi étrangère et de la loi nationale avec, éventuellement, une attraction de la solution étrangère. Il est quand même démontré qu'aujourd'hui, toute l'évolution de la jurisprudence tend à faire application de la loi française, plus largement de la loi nationale. Donc, c'est essentiellement du point de vue de la protection dans un pays donné qu'il faut considérer la loi de ce pays.

- JM.MOUSSERON : Donc, en France, X pourrait se prévaloir de la loi du 3 Juillet 1985.

- M.VIVANT : Cela dit, il y a le problème de la combinaison des différents systèmes nationaux. Et la question est de savoir si notre système sera considéré à l'étranger comme propre à fonder la protection, si le raisonnement étranger se portera d'une certaine manière sur une loi de réciprocité.

Il faut, alors, bien voir deux choses :

. la solution ne peut être donnée que par le juge étranger seul véritablement compétent;

. X en adoptant la durée de 25 ans, notre texte de loi, a implicitement considéré le logiciel comme une oeuvre d'art appliqué. Certains en tirent la conclusion qu'il ne peut pas bénéficier de la pleine protection accordée par les conventions internationales. Mais il faut quand même se rapporter au texte qui dit qu'il n'y a pas dans ce cas d'obligation pour les Etats d'assurer une telle protection mais qu'ils peuvent l'assurer. Nous retournons, alors, à la case départ et c'est Etat par Etat, autorité par autorité, juge par juge que la réponse se fera.

On peut envisager une fragilisation de la protection du logiciel français à l'étranger en ce sens qu'il n'y aurait pas une pleine protection au titre du système national du droit d'auteur et du système équivalent. Je ne pense pas que l'on puisse aller au delà.

- JM.MOUSSERON : Observons un problème qui lie plusieurs questions. Peut-on dire que la dévolution des droits sur le logiciel d'un employé à un employeur est applicable aux créations faites à l'étranger, en Angleterre, par exemple, en exécution d'un contrat de travail de Droit français ? A mon avis, oui si ce sont des contrats de travail relevant du Droit social français.

- C.LE STANC : Je pense effectivement comme vous. C'est, certainement, le contrat de travail français seul, qui donnera naissance à l'application de l'article 45.

- JM.MOUSSERON : Se pose le problème des droits dévolus : les droits français, étrangers ? J'ai créé un logiciel, je suis l'employé français, vous êtes l'employeur français : qui a, sur ce logiciel des droits d'auteur à Singapour ?

- M.VIVANT : Il est évident que, là encore, les problèmes peuvent être repris territoire par territoire. C'est à dire que l'on ne peut pas envisager qu'une dévolution se fasse à Singapour ou aux Etats-Unis si elle n'est pas prévue par les lois de ces pays.

- JM.MOUSSERON : Vous dites : *"la dévolution des droits se fait Etat de protection par Etat de protection"*. Le contrat de travail de droit français entraînerait cette dévolution pour la France; en revanche, pour Singapour, qui ne connaît aucune législation de ce type et qui préciserait uniquement que le droit d'auteur appartient à l'auteur, l'employé serait titulaire du droit d'auteur.

- M.VIVANT : Le problème se pose localement à Singapour et aux Etats-Unis. Vous aurez le juge local qui vous dira *"j'applique sur cette création dont vous revendiquez la protection sur mon territoire la loi de ce territoire"*. C'est le principe de base.

- JM.MOUSSERON : Ce n'est pas la solution qu'on retient en matière de brevet. Vous pensez que le titulaire est désigné par la loi du pays de protection alors que j'aurais tendance à dire que l'attributaire est désigné par la loi du contrat.

- M.VIVANT : Si le juge étranger joue le jeu, il devra obliger le salarié à respecter les termes de ce contrat, c'est à dire à conserver éventuellement la création à l'entreprise. Dans l'hypothèse où il déciderait d'appliquer la loi du contrat, il devrait reserver le cas particulier de l'ordre public de son pays et l'ordre public de ce pays peut estimer que la solution française est tout à fait inacceptable.

°

° °

- M.VIVANT : Je crois qu'on peut tirer une conclusion générale. Aujourd'hui le statut des créations intellectuelles n'est plus parfaitement maîtrisé à travers les outils que nous connaissons à travers les brevets, dessins et modèles, les droits sur créations saisonnières, les droits d'auteur... .

On n'arrive plus à avoir une maîtrise générale de la création. Et le résultat est que l'on fait du droit d'auteur avec des règles qui ne sont pas d'esprit du droit d'auteur : on les applique à des situations pour lesquelles il n'était pas conçu au départ.

La conclusion générale peut être tirée qu'il serait bon de mener une réflexion sur la création intellectuelle et sur le statut que les sociétés industrialisées contemporaines veulent assigner à la création intellectuelle.

TOUS OU PAS TOUS ?

En cas de création salariale de logiciel, l'employeur est-il investi de tous les droits, tant moraux que patrimoniaux, sur celui-ci ?

● POUR une réponse positive : (l'employeur a tous les droits)

* La lecture "immédiate" du texte :

Si le texte fait état de "tous" les droits reconnus aux auteurs, l'employeur est investi de tous droits tant moraux que patrimoniaux.

En ce sens :

. J.R. BONNEAU, La protection des logiciels
G.P.18/19 Septembre 1985, pp.2 et ss;
. J.HUET, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur
D.1985, chron.p.261

Art.45.- Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs.

.../...

Art.46.- Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait.

• CONTRE une réponse positive : (l'employeur a les seuls droits patrimoniaux)

1°/ L'article 45 parle d'un logiciel qui "appartient" à l'employeur, ce qui paraît bien devoir renvoyer à des prérogatives patrimoniales.

2°/ Ce même article parle de droits "dévolus" à l'employeur, ce qui exprime clairement que l'employeur n'est pas assimilé à l'auteur, mais reçoit ses droits par transmission; or, la règle dans la loi de 1957, au sein de laquelle vient s'insérer la loi de 1985, est que les droits moraux sont incessibles.

3°/ L'article 46 concerne manifestement les droits moraux de l'auteur : quelle serait son utilité si le point était déjà réglé ?

A noter qu'on ne saurait faire valoir que cet article pourrait concerner :
- l'auteur non salarié : là ou la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer (ubi lex...),
- l'employeur : l'employeur n'est pas auteur.

4°/ Les conventions internationales interdisent de priver l'auteur de toutes prérogatives morales (Convention de Berne, art.6 bis).

5°/ Les principes d'interprétation juridique ne permettent guère une autre lecture : ubi lex non distinguit...(cf.3°), mais aussi : principe de l'interprétation stricte des exceptions et préservation de la cohérence des dispositions légales entre elles.

6°/ Enfin, pareille lecture est corroborée par la "remontée" aux travaux préparatoires. A verser spécialement au débat :

a- Le rapport fait au Sénat au nom de la Commission spéciale (voir D.B.1985.III, Droit d'auteur et logiciels, pp.29 et s.) qui, sur la première rédaction du texte indiquant que le droit moral du salarié se limitait à la mention de son nom, déclarait que l'article en cause prévoyait, au-delà des prérogatives patrimoniales, *"de restreindre le contenu du droit moral attribué au créateur", point essentiel, poursuivrait le Rapport, "surtout si l'on songe qu'en toute hypothèse, les créateurs salariés en resteront titulaires, la cession ne pouvant intéresser que les droits patrimoniaux"*.

b- L'intervention à l'Assemblée Nationale du rapporteur de la Commission mixte paritaire (voir D.B. préc.p.51) : *"Le principe... maintenu du transfert à l'employeur de tous les droits appartenant à l'auteur, lorsqu'il s'agit d'un salarié,... pose selon moi le problème de la préservation du droit moral des auteurs salariés. Il faudra donc veiller à ce que celui-ci ne soit pas remis en cause dans la pratique par les employeurs"*. Quelle préservation du droit moral des salariés, si ceux-ci n'ont plus de droit moral ?

En ce sens :
- C.LE STANC, Table ronde jointe;
- A.LUCAS, Le droit d'auteur et la spécificité des logiciels, Journée "LAMY" du 29 Octobre 1985 sur "La protection des logiciels après la loi du 3 Juillet 1985";
  adde : Chron.Droit de l'informatique (avec M.VIVANT), à paraître au JCP éd.Entreprise;
- O.MAZEAUD (Directeur des affaires juridiques d'Hewlett Packard France), Journée Lamy précitée;
- JM.MOUSSERON, Table-Ronde jointe;
- T.SUEUR (Directeur adjoint des affaires juridiques de Thomson Grand Public), Journée Lamy précitée;
- M.VIVANT, Le logiciel au Pays des Merveilles, JCP 1985. éd.G.I.3208.

OUVRAGES DIFFUSES PAR LE CENTRE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

DANS LA COLLECTION

• Actualités de Droit de l'Entreprise :

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial (1969)	39,00 franco
2 - Actualités de droit de l'entreprise 1968 (1970)	47,00 franco
3 - Nouvelles techniques contractuelles (1971)	épuisé
4 - Nouvelles techniques de concentration (1972)	épuisé
5 - Les services communs de l'entreprise (1974)	91,00 franco
6 - L'exercice en groupe des professions libérales (1975)	91,00 franco
7 - Le know-how (1976)	91,00 franco
8 - L'avenir de la publicité et le droit (1977)	91,00 franco
9 - Garanties de résultat et transfert des techniques (1978)	110,00 franco
10 - Droit social et modifications des structures de l'entreprise (1979)	100,00 franco
11 - Les inventiosn d'employés (1981)	100,00 franco
12 - La clause de réserve de propriété (1981)	195,00 franco
13 - Le nouveau droit du crédit immobilier (1981)	132,00 franco
14 - Concurrence et distribution (janvier 1982)	171,00 franco

• Bibliothèque du Droit de l'Entreprise

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (1972)	épuisé
- La responsabilité du banquier en droit privé français, par J. Vézian (1977 2e éd.)	épuisé
- Un nouveau statut de la profession libérale : la société civile professionnelle, par A. Lamboley (1973)	épuisé
Le droit de la distribution par J.M. Mousseron, J.J. Burst, N. Chollet, C. Lavabre, J.M. Leloup et A. Seube	en réédition
Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin (1976)	158,00 franco
Les réserves latentes, par R. Abelard (1977)	140,00 franco
Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages) publié avec le concurs du CNRS (1976)	238,00 franco
Le contrat de sous-traitance, par G. Valentin (1978)	172,00 franco
L'entente prohibée (1953 - 1967 - 1977) à travers les avis de la Commission des ententes, par V. Selinsky (1979)	160,00 franco
Les causes d'extinction du cautionnement, par C. Mouly (1980)	160,00 franco
L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble (1981)	160,00 franco
Le régime fiscal des transferts indirects de bénéfices à l'étranger, par J.L. Bilon (1981)	160,00 franco
Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, par J.P. Haehl (1981)	162,00 franco
Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, par D. Ohl (1982)	168,00 franco
La profession libérale en droit fiscal, par F. Alcade (1984)	208,00 franco
Les pratiques discriminatoires, par A. Benard (1984)	208,00 franco

• Bibliothèque de Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.)

- L'invention protégée aprés la loi du 2 janvier 1968, par J. Schmidt (1970)	épuisé
L'épuisement du droit du breveté (1971)	62,00 franco
- La copropriété des brevets d'invention (1973)	62,00 franco
- Le know-how : sa réservation en droit commun, par R. Fabre (1976)	110,00 franco
- L'acte de contrefaçon, par Ch. Le Stanc (1977)	112,00 franco
- Juge et loi du brevet, par M. Vivant (1977)	148,00 franco
- Le Droit français nouveau des brevets d'invention, par J.M. Mousseron et A. Sonnier (1978)	épuisé
- Les contrats de recherche par Y. Reboul (1978)	178,00 franco
- Traité des brevets : régime nationaux, européen, communautaire, international (tome 1 : l'obtention du brevet) par J.M. Mousseron, avec le concours de J. Schmidt et P.Vigand, 1200 p. (1983)	550,00 franco

• Bibliothèque L.G.D.J.

- Les groupes de contrats, par B. Teyssié (1975)	148,00 franco
- L'affrêtement aérien, par J.P. Tosi (1977)	88,00 franco

• Dossiers Brevets

- Six livraisons par an, regroupant études, documents et dossiers de jurisprudence (Décisions, Brevets, Guides de lecture)	600,00 franco

• La lettre de la Distribution

- Chaque mois les informations les plus récentes. (ADH à Droit et Distribution)	350,00 franco

• Cahiers de Droit de l'Entreprise

- Supplément bimestriel à la Semaine Juridique (Editions E.I.)

Centre de Droit de l'Entreprise - Faculté de Droit
39, rue de l'Université - Tél. 60-50-66, poste 41 - 34060 Montpellier Cedex