

LA SEMAINE JURIDIQUE

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE



JURIS-CLASSEUR
PÉRIODIQUE

**EDITION
ENTREPRISE**

N° 11

17 mars

1988

Supplément

1

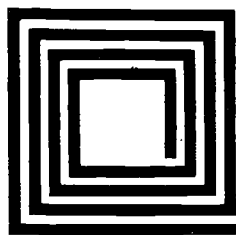
1988

L'ENTREPRISE, L'INFORMATION ET LE DROIT

MONTPELLIER 25/26 JUIN 1987

- Les mécanismes de réservation et leur dialectique : « le terrain » occupé par le droit, par J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT.
- Brevet, informations et entreprise, par J. COMBEAU.
- Droit d'auteur, information et entreprise, par A. LUCAS.
- Marque, information et entreprise, par Ch. LE STANC.
- La protection des informations de l'entreprise par le droit pénal, par M. MASSE.
- La protection de l'information par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire, par M^e P. VERON.
- L'incitation à la création des employés, par V. COTTEREAU.
- L'entreprise et la loi informatique, fichiers et libertés, par J. FRAYSSINET.
- Aspects financiers et sociétaires, par E.-M. BEY.
- Aspects fiscaux, par J.-L. PIERRE.
- Réflexions prospectives et économiques, par P. LECLERCO.

50 F



FONDATION
NATIONALE
POUR
LE DROIT DE
L'ENTREPRISE

CONSEIL D'ADMINISTRATION

Présidents
d'honneur :

P^r G. CAS,
Professeur à la Faculté d'Aix-en-Provence.
M. J.-R. KAUFFMANN,
Avocat à la Cour de Paris.
M. P. PUYRAVEAU,
Président d'honneur de l'Institut français des Conseils fiscaux.
M. Ch. REYNAUD,
Conseil scientifique de la F.N.D.E.
M. R. SIE,
Président d'honneur de l'A.F.J.E.

Président :

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

Vice-
Présidents :

M. P. CHIFFAUT-MOLIARD,
Président de la Commission Nationale des Conseils juridiques.
M. J.-C. COULON,
Président de l'Association Nationale des Conseils Juridiques.
M. F. HOPPENOT,
Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise.

Trésorier :

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

Membres :

M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT,
P^r BISCHOFF,
Directeur du Centre de Droit des Affaires de Strasbourg.
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'Études Internationales de la Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.).
M. M. DALSACE,
Président de l'A.S.P.I.
M. DEBOUX,
Institut Français des Experts-Comptables.
M. EBRARD,
Président de l'Institut Français des Conseils Fiscaux.
M^{me} M. BAFFERT,
Président de la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats.
M. MALGRAIN,
Président de l'A.N.D.J.C.E.
P^r PAILLUSSEAU,
Directeur du Centre de Droit des Affaires de Rennes.
M^{me} L. CLAEYS,
Président du SYNCODS.

Conseillers
techniques :

P^r P. ANCEL,
Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
M. J. BARTHÉLÉMY,
Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.
M. F. BON,
Président d'Honneur de l'A.N.D.J.C.E.
M. R. DEPELSENAIRE,
Président d'Honneur de l'A.S.P.I.
M. R. DESCOTTE,
Conseil Juridique, ancien Président du SYNCODS.
P^r KOVAR,
Directeur du Centre d'Études Européennes de l'Université de Strasbourg.
M^{re} LELOUP,
Avocat, ancien Président de la F.N.U.J.A.
P^r LESGUILLONS,
Professeur à la Faculté de Nanterre, Directeur de la Revue de Droit des Affaires internationales.
P^r MERCADAL,
Professeur au C.N.A.M.
M. D. RÉGNIER,
Ancien Président de l'Association des Juristes de banque.
P^r J. SCHMIDT,
Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
M^{me} E. THOURET-LEMAITRE,
Présidente d'honneur de l'A.S.P.I.

Secrétariat
général :

M^{me} B. SCHMIDT,
9, rue Richempanse, 75008 Paris. Tél. 42.60.10.18.

LA SEMAINE JURIDIQUE

CAHIERS DE DROIT

DE L'ENTREPRISE

Les *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, supplément de *La Semaine Juridique*, édition « Entreprise » font le point tous les deux mois sur un thème de Droit de l'Entreprise.

Direction :

J.-M. MOUSSERON, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Directeur de l'École du Droit de l'Entreprise.

Rédaction :

M. E. ANDRÉ, Assistante à la Faculté de Droit de Montpellier, Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Droit, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex. Tél. 67.61.54.01 et 67.66.25.81.

Abonnement :

Service Commercial de *La Semaine Juridique*, 123, rue d'Alésia, 75014 Paris. Tél. 45.39.22.91.

Abonnement annuel à *La Semaine Juridique* — *Cahiers de Droit de l'Entreprise* :

France métropolitaine : 735,58 F + T.V.A.
4 % : 29,42 F = 765 F Franco.

Étranger : Europe : 840 F Franco ; autres pays et tarif aérien sur demande.

ÉDITIONS TECHNIQUES

S.A. au capital de 9.900.000 francs

Siège social : 18, rue Séguier, 75006 Paris

Information ? Vous avez dit information ? Le mot, pour imprécis qu'il soit, est à la mode, et peut-être l'est-il parce qu'il est imprécis.

Il renvoie certes de prime abord à presse, à édition, à communication, ... Mais, avec l'informatique, définie comme science du traitement automatisé de l'information, le mot a pris une extension nouvelle et l'attention s'est déplacée d'une information-message, à une information-valeur, du lien : émetteur-récepteur au « bien informationnel ». Foisonnante, multiforme, l'information apparaît, dans cette approche renouvelée, comme toute création intellectuelle ou immatérielle (comme on voudra) communicable. Mais il est clair que, communicable, elle n'a pas à être communiquée pour exister et, dès lors, le « noyau dur » de ce « concept mou » réside bien dans le fait qu'il s'agit de création ou de produit, pour adopter un langage plus économique, immatériel. Les débats nominalistes sur le sens respectif à assigner à des mots comme données ou information sont, alors, d'un faible intérêt. L'idée qui consiste à utiliser une pièce de monnaie comme support publicitaire, le nouveau médicament, la création musicale, le guide touristique, le signe distinctif que le droit appelle marque, la collection (papier ou informatisée) des arrêts de la Cour de cassation... sont autant d'objets immatériels et autant de valeurs dignes d'attention, qui peuvent être couverts du mot information largement compris.

Les besoins de l'entreprise confrontée à ces réalités appellent un Droit de l'information.

Mais il est hors de doute qu'on ne saurait suivre ceux qui découvrent chaque jour l'information comme objet de droit et proclament par exemple qu'il est temps que le Droit reconnaisse que des choses peuvent être immatérielles. Car s'il est fort bien venu d'appeler pareille révolution dans la pensée juridique, il faut savoir... qu'il y a, au bas mot, deux siècles que ladite « révolution » s'est produite. Le problème n'est donc pas tant de dire que le bien immatériel doit être désormais reconnu par le Droit que de savoir comment ce bien est appréhendé positivement par celui-ci.

Mais notre Droit de la création intellectuelle étant un droit éclaté, conçu secteur par secteur, qu'il s'agisse de droits privatifs ou non, le défi pour demain est de dépasser cet état de choses et de le concevoir « transversalement » comme saisissant non l'invention ou le procédé de gestion mais le bien informationnel, l'information.

Telle fut l'idée qui présida à la mise sur pied de ces Journées de Montpellier des 25 et 26 juin 1987 consacrées à « L'Entreprise, l'Information et le Droit » et qui guida leur déroulement.

M. VIVANT

Il fallait, pour ce faire, réunir les meilleurs spécialistes. Ils furent nombreux à accepter notre rendez-vous comme en témoigne la liste des participants, rapporteurs et intervenants. La règle du jeu était que, le nombre d'invités à ces Journées étant limité, pût parler chacun qui le souhaitait. Des riches discussions qui marquèrent ainsi ces deux jours de travail, on trouvera l'écho dans les pages qui suivront, à travers rapports reproduits *in extenso* et extraits les plus significatifs des échanges dont ils furent le point de départ.

E. AGOSTINI. — Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.

E.-M. BEY. — Directeur Juridique de Locafrance.

M. BIBENT. — Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier.

J. BOULAYE. — Professeur à l'I.N.S.A. de Lyon.

C. CAVANAGH. — Chef du Service des Affaires Juridiques du Syndicat National de l'Édition.

M^{me} CHAMOUX. — Association Droit et Informatique.

J.-P. CHAMOUX. — Chef de mission auprès du Ministre des P. et T.

J. COMBEAU. — Directeur des Propriétés Intellectuelles d'I.B.M.

V. COTTEREAU. — Avocat au Barreau de Tours.

J.-P. DOAT. — Responsable du Service Propriété Industrielle de Pierre Fabre S.A.

C. DUPUY. — Ingénieur à la Direction de la météorologie nationale.

R. FABRE. — Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier.

D. FERRIER. — Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier.

B. FOULON. — Directeur de Didact-Systèmes.

J. FRAYSSINET. — Maître de Conférences à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence.

M. FROTTA. — Professeur à la Faculté de Coimbra (Portugal).

R. GASSIN. — Professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence.

Ph. GAUDRAT. — Maître de Conférences à Paris IX Dauphine.

J.-L. GOUTAL. — Professeur à la Faculté de Grenoble.

M. GUIBAL. — Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

B. HUGENHOLTZ. — Professeur à la Faculté de Droit d'Amsterdam (Pays-Bas).

M. LACAVE. — Doyen de la Faculté de Droit de Montpellier.

I. de LAMBERTERIE. — Chargée de recherche au C.N.R.S.

M^{lle} LAUGIER. — Direction des études et recherches E.D.F.

P. LECLERCQ. — Ancien Directeur des Aff. Civiles et du Sceau, Président de Chambre à la Cour d'appel de Paris.

B. LEJEUNE. — Assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit, Faculté de Namur (Belgique).

M^{lle} LEMONNIER. — E.D.F., Service Information, Prospective et Normalisation.

C. LE STANC. — Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Avocat à la Cour.

A. LUCAS. — Professeur à la Faculté de Droit de Nantes.

M^{me} LUCAS DE LEYSSAC. — Professeur à l'Université de Paris X Nanterre.

M. MASSE. — Maître de Conférences à la Faculté de Poitiers.

L. MEHL. — Conseiller d'État honoraire. Président de l'A.D.I.J.

H. MIGNOT. — Conseil supérieur du notariat — Ancien Directeur Général de Sydoni.

C. MOULY. — Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, Directeur de l'I.R.E.T.I.J.

J.-M. MOUSSERON. — Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, Directeur du Centre du Droit de l'Entreprise.

J.-L. PIERRE. — Conseil fiscal Cabinet COOPERS & LYBRAND-LYON.

A. PRUM. — Avocat au barreau de Luxembourg.

L. RAPP. — Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

J. REIDENBERG. — Avocat au barreau de New-York.

M^{me} RIEUNER. — Sanofi.

J. SCHMIDT. — Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

M^{me} THRIERR. — Directeur du service central de Propriété Industrielle Thomson C.S.F.

P. VERON. — Avocat au barreau de Lyon.

M. VIVANT. — Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

■ LES MÉCANISMES DE RÉSERVATION ET LEUR DIALECTIQUE : LE « TERRAIN » OCCUPÉ PAR LE DROIT

Jean Marc MOUSSERON ET Michel VIVANT
Professeurs à la Faculté de Droit de Montpellier
Professeurs à l'École du Droit de l'Entreprise

Notre Économie devient de plus en plus une Économie de l'Immatériel ; notre Droit est encore largement un Droit du Matériel. Le défi que l'Économie lance au Droit appelle de la part de celui-ci une intervention accrue à l'égard de l'Immatériel. Répondre à ce défi est d'autant plus urgent que l'« explosion » des valeurs immatérielles, nées notamment de la recherche-développement pour et par l'industrie, entraîne un développement du parasitisme et, corrélativement, des réflexes protectionnistes contraires.

Trouver des pistes en réponse à ce défi est l'objet de ces journées. Tel ou tel mécanisme examiné jusqu'à présent permet d'envisager une forme ou une autre de « protection » ou de « réservation » de l'information. Mais le mot information recouvre des réalités bien diverses. Mais les mécanismes sont eux-mêmes très divers. Et, pour prendre une image quelque peu militaire, il reste à savoir, à partir de ces pistes, quel terrain peut effectivement être contrôlé.

Que faut-il mettre derrière le mot « réservation » ? Réservation intellectuelle ? Réservation économique ? Et comment y parvenir ? Et, affinant encore, s'il est clair, en dernière analyse, que c'est la valeur économique que le créateur ou le « maître » de l'information entend se réserver, quel que soit le discours tenu, que faut-il entendre par « réservation économique » ? Qu'offre exactement le Droit ? Ces questions, pour négligées qu'elles sont usuellement, sont essentielles. C'est par elles que peut être vraiment appréhendé un éventuel Droit de (sur) l'information.

I. — QUELLE RÉSERVATION ?

Alors que le point de départ naturel de la réflexion consiste en l'opposition traditionnellement faite entre moyens de fait liés au secret et moyens de droit identifiés à la propriété, un approfondissement de cette réflexion oblige à tenir pour trop simpliste une alternative aussi brutale. Les relations entre secret et propriété sont complexes et, au fond, étranges.

- A l'origine, règne certainement *le secret*, et exclusivement : *sans propriété*. C'est par le secret qu'est réservée l'information, comme l'est le bien matériel, le trésor ou la cassette, par l'enfouissement. Les difficultés mises à l'accès à l'information font sa protection.

La réservation dont il est question est alors une réservation intellectuelle, encore qu'il soit clair qu'à travers elle est recherchée une réservation de l'information qui se situe sur le terrain économique. La réservation intellectuelle est le moyen de la réservation économique. Ceci n'est pas sans faiblesse.

- Un deuxième temps de l'évolution vers une protection plus élaborée consistera à offrir au « maître » de l'information une propriété, et une *propriété sans secret*, sans recours à la technique du secret. La formule du brevet est la reconnaissance d'un droit privatif sur une création en contrepartie de la mise à la disposition de tous de l'invention faite, de l'idée industrielle. Et si l'on passe des propriétés industrielles aux propriétés littéraires et artistiques, une observation voisine peut être faite : par hypothèse, l'œuvre est destinée au public ou à un certain public et c'est bien en termes de « reproduction », de « représentation », que la législation aborde la question des droits de l'auteur.

A traduire les choses en termes de réservation économique ou intellectuelle, comme précédemment, il est clair qu'en pareils cas et désormais, la réservation économique est assurée au titulaire des droits, mais contre une non-réservation intellectuelle puisque la logique de ces mécanismes postule la divulgation intellectuelle. La réservation économique, acquise, passe par la non-réservation intellectuelle. Il est vrai que ceci ne correspond pas à la théorie juridique du droit d'auteur. Mais à se situer sur le terrain économique et à parler de valeurs, comment pourrait-on nier que le droit d'auteur n'a de réalité, n'est exploitable qu'à partir du moment où la création est mise sur le marché ? Si une propriété peut exister auparavant, juridiquement parlant, elle est tout à fait formelle.

- Les oppositions notées vont pourtant, à d'autres occasions, s'écarter et l'on peut constater ainsi, dans un troisième temps, un cumul entre *propriété et secret*. C'est une chose déjà fréquente dans le droit de la propriété industrielle où une information à caractère technique va pour certains de ses éléments faire l'objet d'un dépôt de brevet et, par conséquent, d'une publication, mais pour d'autres être conservée secrète ; c'est ainsi que s'est dégagée la notion de *know-how*, de savoir-faire. Le cas des logiciels est plus frappant encore et plus révolutionnaire. La propriété acquise en France dans les termes de la loi de 1957 complétée par la loi de 1985, loin d'être exclusive du secret, trouve naturellement dans ce secret le complément nécessaire à son efficacité. Fréquemment le droit d'auteur existera mais sur un logiciel crypté. Dans les contrats, les clauses de confidentialité vont venir « doubler » les clauses de propriété.

Il est remarquable qu'à poursuivre sur ce dernier exemple qu'il faut privilégier, la réservation économique va se faire malgré l'absence de divulgation intellectuelle ou, autrement dit, malgré la réservation intellectuelle maintenue. Il n'existe plus de liens nécessaires comme dans le schéma « classique » examiné précédemment. Pour la première fois, on peut voir, s'agissant de droit d'auteur, quelqu'un dire : « Je mets cette création sur

le marché mais vous ne connaîtrez rien de son contenu » ! Cela montre sans doute que nous sommes fort loin d'un véritable droit d'auteur et qu'importe alors surtout, sinon exclusivement les fonctionnalités du logiciel, et non sa forme. Mais le fait que cette situation, *a priori* étrange, de cumul existe positivement.

• Tout encore n'est peut-être pas dit. Il reste ces situations où il n'existe *ni propriété ni secret* sur une information. Ce sont les situations dans lesquelles les intéressés veulent obtenir quelque chose, quelque chose d'encore mal défini, sollicitant le droit de la concurrence déloyale ou de la concurrence parasitaire.

Le Droit est encore mal assuré. C'est en forme de question qu'il faut présenter les choses. Dans la dialectique entre réservation économique et réservation intellectuelle (l'opposition entre propriété et secret expire ici), va-t-on, doit-on, accepter qu'une réservation économique se fasse, hors propriété, malgré la divulgation intellectuelle faite ?

**

Secret, propriété : le secret n'est jamais parfaitement le secret, et la propriété va rarement seule. Le fait appuie le droit et le droit vient au secours du fait. Les « réservations » économique et intellectuelle jouent entre elles un jeu subtil. D'où ressort l'idée d'une complexité pressante. Un point est toutefois assuré, à savoir que c'est le fait d'être seul sur le marché qui est toujours finalement recherché : les diverses voies empruntées ou susceptibles de l'être, entrecroisées, ont toutes pour but, clairement affiché ou non, d'assurer la réservation économique de l'information à celui qui en a la maîtrise. Tout n'est pas dit pour autant et la complexité de l'interrogation n'est pas épuisée car, si c'est de réservation économique qu'il s'agit donc en fin de compte, il faut encore se demander : quelle réservation économique ?

II. — QUELLE RÉSERVATION ÉCONOMIQUE ?

Le droit d'auteur a pu être évoqué comme un droit « naturel ». Il faut sans doute retenir, à l'opposé de cette idée, que nous ne sommes pas en présence d'un ou de droits « naturels » mais de droits « construits », d'une construction élaborée par la société, par le législateur et les juges, pour répondre à des problèmes concrets mais souvent éclatés ou perçus comme tels. Ceci explique que les interventions du Droit soient tâtonnantes, désordonnées. Les droits sont divers comme sont variables les objets qu'ils appréhendent.

A. DIVERSITÉ DES DROITS

Les techniques juridiques à même d'appréhender l'information sont diverses. C'est une évidence et en témoignent les divers rapports qui ont eu à envisager le Droit de la propriété industrielle ou celui de la propriété littéraire et artistique, le Droit pénal ou le Droit de la concurrence déloyale. On peut, dans les grandes lignes, répartir les instruments juridiques entre techniques de sanction d'un comportement (qui sera jugé négativement) et techniques d'octroi d'un droit privatif (accordé positivement à celui qu'on veut avantager).

Il n'est donc pas étonnant de relever des différences, et de grande ampleur, tant dans la teneur des régimes juridiques ainsi mis en place (1) que dans la désignation des bénéficiaires (2).

1. De l'ordre des évidences est le fait que les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile ne sont pas celles de la responsabilité pénale ou que la forme du brevet n'est pas analogue à celle du droit d'auteur qui voit elle-même aujourd'hui surgir, par exemple avec le logiciel, des « sous-régimes » ayant leur visage propre.

Quand une réservation de type privatif est mise en place, le critère retenu variera : à la nouveauté du Droit des brevets (ou du Droit des dessins et modèles), répondra l'originalité du droit d'auteur, même si la différence paraît s'estomper à certains égards. Le Droit pénal viendra à l'appui de la défense des marques, ou du droit d'auteur, pour frapper les actes de contrefaçon, mais le Droit des brevets est privé de cet appui. La durée de protection sera, selon les cas de figure, de cinquante ans après le décès du créateur (droit d'auteur de référence), de dix ans renouvelables sans limites (Droit des marques), de cinquante ans (Droit des dessins et modèles, par le jeu de renouvellements), de vingt-cinq ans (Droit du logiciel), de vingt ans (Droit des brevets)...

Il ne faudrait pourtant pas s'arrêter à de telles observations, somme toute assez superficielles. A considérer la situation de réservation, la plus forte, celle donc où est constitué un droit privatif, il serait possible, à un certain degré de généralité et afin de saisir l'essentiel, de s'en tenir à l'idée qu'il s'agit toujours de mettre en place un monopole, monopole de fabrication (et cela quoique le mot évoque plus précisément le Droit des brevets) et monopole de commercialisation. Le titulaire d'un droit sur une œuvre littéraire est seul à pouvoir la « façonner » et commercialiser l'ouvrage. Et il est vrai que c'est là l'idée fondamentale qui préside aux propriétés intellectuelles.

Le monopole cependant n'est pas le même dans les différents cas de figure envisageables. Derrière une façade unitaire se cachent des réalités différentes. Deux exemples le démontreront. Nul ne conteste que le monopole offert par le brevet soit effectivement un monopole de fabrication et de commercialisation. Mais il est admis comme une exception « naturelle » que la préparation de médicaments brevetés en officine pharmaceutique échappe au monopole du brevet. Un autre choix eût pourtant été possible. La solution retenue par le Droit positif signifie tout simplement que le monopole de fabrication du breveté est limité, limité dans le cas précis au profit des officines. Second exemple : la question est aujourd'hui largement débattue en Europe de savoir si au droit d'auteur est attaché ce qu'il est convenu d'appeler un droit de destination ; or, selon que la réponse sera positive ou négative, à l'évidence le monopole reconnu n'aura pas les mêmes traits. Sans entrer dans un tel débat, si la loi française de 1985 ne consacre sans doute pas, à strictement parler, un pareil droit quant au logiciel, l'article 47 de cette loi permet à celui qui met un logiciel sur le marché d'interdire toute utilisation qu'il ne veut pas voir pratiquer et écarte donc la tolérance, légale, traditionnelle qui existait à l'endroit de l'usage privé de l'œuvre protégée. Voilà qui fait que le monopole offert sur un logiciel autorise une exceptionnelle maîtrise du marché, ignorée du droit d'auteur « classique » applicable au livre ou au disque.

2. Cette diversité se rencontre encore dans la détermination des bénéficiaires de la protection. C'est essentiellement le créateur qui est concerné par le droit de la propriété littéraire et artistique et il faudrait à rester fidèle au langage qui reflète la philosophie de notre droit parler d'auteur. Dans les autres formules de type privatif, c'est davantage le « créateur économique » qui est en cause ; le droit des brevets n'est pas fait pour l'inventeur mais pour l'investisseur. Quant aux droits non privatifs, s'ils sont par nature à géométrie variable, ils restent pour l'essentiel tournés vers l'entreprise (c'est

le secret de fabrication ou l'activité économique qui sont par exemple pris en considération).

Plus complexe est la situation pratique quand il ne s'agit plus de juxtaposer les mécanismes mais que ceux-ci s'enchevêtrent. Il est beaucoup question des « brevets de logiciel ». On rappellera qu'en vérité, le brevet ne porte pas sur le logiciel mais sur un objet plus large, un procédé, incluant le logiciel. Mais là n'est pas l'observation susceptible de nous intéresser présentement. Le point digne d'intérêt est que ce logiciel, attiré dans la sphère du brevet, peut en tant que tel être protégé par droit d'auteur. Or, les conditions d'attribution des créations de salariés ne sont pas les mêmes sous l'empire des lois de 1968/78 en matière de brevet et 1957/85 en matière de logiciel. Le logiciel a ainsi vocation à être écartelé ! Et le schéma peut être rendu plus compliqué encore si une marque est déposée pour le désigner. Mais, au vrai, il n'est même pas nécessaire d'envisager un cas si spécifique. La marque recèle en elle-même un tel problème d'éclatement dès lors que la forme qu'elle est par nature peut être considérée comme objet possible d'une protection au titre du droit d'auteur. Or l'attributaire d'un tel droit et d'un droit de marque n'est pas, là encore, le même !

Mais peut-être ceci tient-il aussi à une certaine pauvreté du langage qui use souvent d'un seul mot pour désigner plusieurs objets.

B. VARIABILITÉ DES OBJETS

Ce ne sont pas les mêmes informations qui sont appréhendées par les diverses techniques qu'offre le Droit.

Dans le brevet, c'est le fond qui est en cause ; il est significatif que la doctrine allemande parle de l'invention comme d'une « règle technique ». Dans le droit d'auteur, c'est la forme qui reste prise en compte, en dépit de certaines dérives qui s'expliquent peut-être précisément par le souci d'atteindre un autre objet. Et M^e Veron s'est justement demandé quelle information la concurrence déloyale permettait de protéger.

Ce propos peut être illustré une fois encore par le cas du logiciel. On trouve sous certaines plumes, manifestement influencées par des idées américaines, que le logiciel peut être protégé par brevet, par droit d'auteur, par la technique de la marque, par le recours à la théorie de la concurrence parasitaire. C'est vrai et c'est faux à la fois. C'est vrai en tant que le logiciel est considéré comme un bien économique point trop caractérisé. Mais ceci devient faux dès l'instant qu'on ne reste plus à la surface des choses. Dans le prétendu brevet de logiciel, c'est le procédé qui est breveté et si celui-ci inclut un logiciel, tout familier du Droit des brevets saura en conclure que ce n'est pas le logiciel qui est protégé. A travers le droit d'auteur qui va s'appliquer à un logiciel, c'est la forme qui est objet de protection (même si l'hypocrisie est grande, car, comme on l'a dit plus haut, seules les fonctionnalités intéressent les uns et les autres). Dans la marque, le droit s'applique à un signe distinctif et celui-ci pourrait aussi bien désigner une boisson ou des chaussures qu'un logiciel. Le noyau dur est moins aisément discernable s'agissant des protections offertes par le Droit pénal ou la théorie de la concurrence parasitaire, mais on sent bien qu'il s'agit encore d'autre chose (c'est par exemple le secret qui appellera l'intervention de tel texte pénal), quelque chose qui renvoie à l'idée de protection de l'investisse-

ment. Dire alors que le logiciel peut être protégé par quatre ou cinq techniques différentes est une commodité de langage. En toute rigueur, il y a quatre ou cinq objets différents de protection. Ce sont bien, pour un objet économique, cinq objets intellectuels et donc cinq objets juridiques qui sont en cause...

**

L'analyse serrée des réalités ne conduit pas ainsi à des réponses bien sécurisantes. Ce Droit de l'information qui se veut et peut être incitatif à la création par l'apport de sécurité qu'il offre, apparaît dépourvu d'ordre, non point désordonné avec la connotation péjorative qui est celle de ce mot, mais simplement et brutalement non-ordonné. Les mécanismes ne s'articulent pas vraiment les uns aux autres.

Le terrain susceptible d'être occupé par le Droit comporte des « friches ». Et c'est certainement un des premiers intérêts des mécanismes souples d'origine jurisprudentielle de pouvoir les réduire.

Mais il existe aussi des situations de « suroccupation » : plusieurs formules vont prétendre appréhender une même situation. Paradoxalement, ceci n'offre pas une protection nécessairement renforcée. La coexistence est certes parfois possible ; et qu'elle soit souvent, à bien analyser les choses, peut-être plus apparente que réelle quand ce sont des objets différents qui sont saisis par tel ou tel mécanisme, n'est pas alors une gêne fondamentale, au moins si les régimes juridiques ainsi confrontés ne se contredisent pas ou si les juristes savent réduire les contradictions par le jeu de contrats bien conçus. Ce serait toutefois être incomplet que de ne pas évoquer les hypothèses d'exclusion quand l'intervention d'un mécanisme protecteur emporte nécessairement mise à l'écart d'un autre. C'est une chose qu'on néglige soigneusement quand elle gêne trop, mais il est bon de rappeler qu'au moins dans le système français, dès lors, par exemple, qu'il y a possibilité, fût-elle formelle, d'une protection au titre des brevets, la protection au titre du Droit de la propriété littéraire et artistique s'effondre.

La complexité est donc réelle et plus grande même que ne le laisserait penser une observation rapide, point fausse au demeurant, qui se bornerait à constater qu'il est des propriétés intellectuelles, et non point une, et qu'il est, au-delà de la propriété, d'autres mécanismes pour prendre en compte l'information. Au droit de savoir gérer cette complexité. Ce n'est pas dire mêler tout et son contraire par quelque « bricolage » de circonstances, mais répondre au mieux à la dialectique des techniques d'incitation-protection. C'est pourquoi il fallait d'abord mettre à jour — ce qui n'est pas coutumier — cette dialectique...

Le problème premier posé s'avère, peut-être, alors, de choisir entre consolider les protections acquises par leur remembrement et prolonger les protections possibles, fût-ce par leur diversification. Notre souci de logique suggère le rapprochement. L'unification est-elle nécessaire ? Mieux, est-elle la bonne voie ? Faut-il se satisfaire de la diversité des « éléments-noyaux » : les techniques juridiques de réservation... et souhaiter le rapprochement des « règles périphériques » : régime des créations de salariés, fiscalité, police interne ou communautaire des accords d'exploitation... ? Faut-il aller plus loin ? Le débat est ouvert.

■ BREVET, INFORMATION ET ENTREPRISE

Jacques COMBEAU

Chef du département de propriété intellectuelle. I.B.M. France

Avant d'aborder le fond de mon propos, je souhaiterais introduire une distinction en ce qui concerne la notion d'information et la valeur qui s'y attache.

Parmi l'ensemble des informations créées à l'intérieur d'une entreprise, certaines n'ont de valeur que dans la mesure où elles restent propres à l'entreprise, où elles ne sont pas connues des concurrents. Ce sera le cas, par exemple, d'informations en matière financière, de listes de clients ou de fournisseurs, ou même des caractéristiques techniques d'un procédé de fabrication si celles-ci ne sont pas discernables à partir de l'analyse du produit commercialisé. Pour ce type d'informations, le maintien du secret est souvent le seul mode de protection approprié.

A l'opposé, il y a les informations qui ont vocation à être mises en contact avec le public, dont la valeur réside essentiellement dans cette vocation et ne se matérialise que par la commercialisation de produits ou services les incorporant.

C'est à propos de ces dernières que se pose la question de la réservation par un système de droits privatifs et notamment par le brevet.

Et ce premier thème de notre colloque nous amène à réfléchir sur le caractère incitatif de la protection par brevet à l'égard du développement de l'information, et plus particulièrement, sur l'évolution « à la marge » de notre système de brevets.

Pour alimenter notre réflexion, il me paraît utile de revenir sur quelques évolutions récentes dans le domaine des conditions de brevetabilité, c'est-à-dire dans le domaine de l'accès de l'information au statut d'invention brevetée.

Il y a, me semble-t-il, peu à dire sur les conditions négatives de brevetabilité : la non-contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, l'exclusion des obtentions végétales protégées par une loi spécifique et l'exclusion des races animales et des procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux n'ont pas donné lieu à évolution notable. Je voudrais cependant signaler une information dont la presse s'est fait l'écho récemment selon laquelle le *Patent Office* américain aurait décidé d'admettre les demandes de brevet portant sur de nouvelles races animales obtenues par manipulations génétiques. Si ceci se confirmait et s'étendait, comme il est probable, à d'autres législations nationales, il s'agirait alors d'une ouverture remarquable du droit des brevets avec des conséquences pratiques très importantes.

Tournons-nous maintenant vers les conditions positives de brevetabilité, à savoir que, pour être brevetable, une information doit constituer une invention et que cette invention doit être susceptible d'application industrielle, être nouvelle et impliquer une activité inventive.

C'est essentiellement à propos de la notion d'invention que la jurisprudence des chambres de recours de l'Office Européen des Brevets a enrichi notre droit positif ces dernières années. Je m'attacherai à deux décisions qui, dans des domaines techniques très différents, ont précisé la portée de l'exigence et toutes deux dans le sens d'un élargissement du domaine ouvert à la protection. La première décision, je devrais dire le premier groupe de décisions, émane de la Grande Chambre de Recours de l'O.E.B. (décisions du 5 décembre 1984) et concerne la protection des produits pharmaceutiques et des applications thérapeutiques.

Sans revenir directement sur l'exclusion de la brevetabilité de la « deuxième » application thérapeutique d'une substance donnée, la Grande Chambre de Recours déclare recevable une revendication visant l'utilisation de cette substance dans un procédé de préparation d'un médicament pour un traitement thérapeutique particulier. Cette protection indirecte, par l'intermédiaire du procédé d'obtention, de nouvelles applications thérapeutiques réalise bien une ouverture à la brevetabilité de nouvelles « informations » et semble avoir comblé un vide que regrettait depuis longtemps l'industrie pharmaceutique en Europe.

L'autre domaine technique ayant fait l'objet d'un apport jurisprudentiel notable est celui de l'informatique avec la décision VICOM (Chambre de Recours Technique, 15 juillet 1986). Cette décision concerne le problème délicat de la brevetabilité de procédés techniques dont la mise en œuvre est décrite par référence à un programme d'ordinateur, et des produits correspondants, c'est-à-dire d'ordinateurs programmés à des fins spécifiques. Par des motifs d'une rare netteté, la Chambre de Recours déclare que ni le procédé technique, ni l'ordinateur programmé ne constituent des programmes d'ordinateur en tant que tels, et donc ne peuvent être exclus de la brevetabilité de ce seul fait. C'est ici encore la chute d'une barrière à l'extension de la protection par brevet à des innovations d'un genre nouveau.

Les évolutions évoquées ci-dessus démontrent une capacité assez remarquable du droit des brevets à s'adapter à de nouveaux besoins de protection des informations de Recherche-Développement. Mais ceci ne peut faire oublier que, par le poids et le coût des procédures de dépôt et de délivrance, la rigueur des conditions juridiques d'obtention du titre, les difficultés de l'action en contrefaçon, la protection de l'innovation par le brevet ne saurait concerner qu'une catégorie limitée d'informations, le « haut de gamme » de l'information technique en quelque sorte. Pour le reste, l'entrepreneur doit se tourner vers d'autres modes de protection, d'autres techniques de réservation, différentes ou complémentaires, qui vont maintenant faire l'objet des interventions suivantes dans le déroulement de nos travaux.

■ DROIT D'AUTEUR, INFORMATION ET ENTREPRISE

André LUCAS
Professeur à la Faculté de Droit de Nantes

Le droit d'auteur est-il une technique d'incitation à la création pour l'entreprise ? Ainsi formulée, la question appelle *a priori* une réponse négative. Le droit d'auteur n'a pas été conçu dans cette optique. La loi de 1793 mettait l'accent au contraire sur l'explication tirée du *droit naturel*. Toute la jurisprudence postérieure est imprégnée de cet état d'esprit. Qu'on pense par exemple à la manière dont s'est édifiée la théorie du droit moral. Et la loi du 11 mars 1957 a couronné l'édifice en systématisant des solutions favorables aux auteurs individuels.

Malgré tout, on voit bien que le droit d'auteur évolue et que les entreprises deviennent partie prenante dans tous les secteurs d'activité où il est en cause, au point qu'il deviendra de plus en plus artificiel de séparer l'étude de la propriété industrielle de celle de la propriété littéraire et artistique.

La première explication qui vient à l'esprit tient à l'apparition de véritables « industries culturelles ». L'expression est à la mode, le marché est porteur, mais les investissements sont lourds. Les enjeux dépassent la personne des créateurs. Le droit d'auteur devient par la force des choses l'affaire des investisseurs.

Exacte en elle-même, l'observation n'épuise pas le débat. Elle n'intéresse à vrai dire que la dimension « traditionnelle » du droit d'auteur, par référence aux œuvres littéraires ou artistiques classiques. Mais l'émergence de la notion d'information oblige à pousser plus loin l'analyse. La tendance, en effet, est à recourir au droit d'auteur pour inciter à la création et à la diffusion de « valeurs informationnelles ». La démarche se recommande de l'efficacité. Elle peut néanmoins susciter des réserves. Elle appelle en tout cas la réflexion.

I. — LES CRÉATIONS LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES

Si l'information est prise en tant qu'œuvre littéraire ou artistique, le droit d'auteur se trouve dans son élément naturel. La consigne des organisateurs du débat étant de mettre l'accent sur les situations marginales, on est tenté d'en rester là. Pourtant, il est impératif de mesurer le chemin parcouru. On verra en effet que le droit d'auteur n'est plus tout à fait ce qu'on croit qu'il est encore, ce qui doit être pris en compte pour aborder les défis nouveaux de l'économie de l'information.

L'évolution qu'il faut considérer est la suivante. A l'origine, l'œuvre littéraire ou artistique est créée et exploitée individuellement. Très vite, on a constaté que l'exploitation ne pouvait pratiquement se faire qu'en entreprise. Il faut un intermédiaire entre l'auteur et le public. Ce peut être l'éditeur, auquel la loi du 11 mars

1957 consacre des dispositions détaillées. Ce peut être le producteur d'œuvres audiovisuelles dont la loi du 3 juillet 1985 a amélioré la situation.

Mais on voit aussi que la création elle-même est de plus en plus le fait d'une entreprise. L'observation vaut déjà pour l'édition classique. Elle prend encore plus de relief dans le domaine de l'audiovisuel, de la publicité ou de l'art industriel. Le droit d'auteur fait ainsi une entrée remarquée dans le monde de l'entreprise.

Cette évolution n'est pas sans conséquence sur le droit d'auteur. L'essentiel est que la personne du créateur tend à s'effacer. Des règles traditionnelles se révèlent alors indaptées. Ainsi, l'attribution des droits patrimoniaux aux salariés (Loi du 11 mars 1957, art. 1^{er}, al. 3) n'est plus comprise par les employeurs, et l'on se trouve parfois contraint de recourir de manière artificielle à la notion d'œuvre collective pour éluder la difficulté. La jurisprudence n'hésite pas non plus à prendre des libertés avec le formalisme strict imposé par le législateur dans l'intérêt des auteurs individuels. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle admis, dans une espèce il est vrai un peu particulière (Civ. 1^{re}, 27 mai 1986, RIDA 1987, n. 132, p. 61), que la facturation des objets livrés pouvait emporter par elle-même cession du droit de reproduction. La prohibition de la cession globale des œuvres futures (Loi du 11 mars 1957, art. 33) se révèle parfois aussi pleine d'inconvénients, par exemple dans le domaine de la publicité. Le droit moral lui-même peut constituer un obstacle sérieux à la diffusion des œuvres. Un arrêt récent en a précisément tempéré la portée en affirmant qu'il ne préexistait pas à l'œuvre et que l'auteur pouvait donc à l'avance s'engager par contrat à limiter sa liberté de création (Civ. 1^{re}, 7 avril 1987, État gabonais/Société Antenne 2).

Sur tous ces points, le copyright anglo-saxon est beaucoup plus adapté que notre droit d'auteur pour prendre en compte ces réalités nouvelles. D'emblée, il a été conçu comme un mécanisme d'incitation à l'investissement. Ce n'est pas un hasard si la contribution américaine justifie dans le même trait de plume le brevet et le droit d'auteur. On notera aussi comme une anecdote révélatrice le fait qu'au Canada, le copyright ait jusqu'en 1939 relevé avec les brevets du Ministère de l'agriculture...

II. — LES CRÉATIONS « INFORMATIONNELLES »

On entend communément par créations « informationnelles » celles dont l'économie de l'information suscite aujourd'hui l'émergence, que ce soit dans le domaine

de l'informatique ou plus généralement dans celui de la communication.

Depuis longtemps, on utilise le droit d'auteur pour protéger des créations qui ne tirent leur intérêt que de leur contenu informationnel. Il y a une jurisprudence ancienne et relativement abondante sur les almanachs, les annuaires et les carnets d'atelier. Elle est implicitement confirmée par l'article 2 de la loi du 11 mars 1957 qui interdit de prendre en compte la destination de l'œuvre.

Ces solutions étaient parfois contestées par certains auteurs (Desbois notamment) qui considéraient que cette « petite monnaie » aurait dû rester en dehors du champ du droit d'auteur. Elles n'étaient pas d'une grande importance pratique. On conviendra que la part des almanachs dans les « industries culturelles » est plutôt mince.

Il en va autrement avec les logiciels, qui ont été admis au bénéfice de la protection par la loi du 3 juillet 1985, et pour les banques de données qui, dans l'opinion dominante, peuvent également donner prise au droit d'auteur. C'est ainsi tout le secteur de l'informatique qui frappe à la porte de la propriété littéraire et artistique. On a même sérieusement songé à recourir à la même voie pour protéger les topographies des produits semi-conducteurs, avant de se rallier en définitive, à la suite des États-Unis, à une législation spécifique.

Par un effet d'entraînement, on tend de plus en plus à faire du droit d'auteur le mode de protection de droit commun de toutes les créations intellectuelles qui ne peuvent être appropriées par d'autres voies. Ce n'est pas le moindre paradoxe de constater que cette sollicitude s'arrête aux créations d'art industriel qui, dans l'état actuel de la législation des dessins et modèles, restent parfois dépourvues de cette protection en dépit de leur caractère esthétique.

L'idée fait ainsi son chemin que le droit d'auteur peut devenir l'arme la plus efficace contre la concurrence parasitaire. On cherchera ainsi à étendre le champ de la protection conférée par le droit d'auteur aux logiciels en sanctionnant tout emprunt de la structure logique des programmes, voire même en interdisant la diffusion de logiciels dits « clones » reprenant les « fonctionnalités » de logiciels préexistants. De même, on érigea en principe que le producteur d'une banque de données doit être protégé contre tout acte mettant en cause la rentabilité de son investissement où on demandera

protection pour les signaux émis par des satellites sans égard à l'information qu'ils véhiculent.

Il est certain qu'une conception aussi extensive n'est pas dépourvue d'intérêt pour les entreprises concernées. Mais on doit bien voir qu'elle affecte en profondeur le droit d'auteur. Les logiciels ont introduit sur la notion d'originalité une incertitude que n'ont pas levée les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 mars 1986. C'est même la notion d'œuvre qui est remise en cause lorsqu'est privilégié le vecteur par rapport au contenu. Une telle *conception quantitative* de l'information se retrouve dans le nouvel article 27 de la loi du 11 mars 1957, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 3 juillet 1985. On y trouve que « la télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature ». A s'en tenir à cette définition, qui figure, rappelons-le, dans une loi sur la propriété littéraire et artistique, l'œuvre pourrait être constituée uniquement de « données et de messages ». En poussant plus loin l'analyse, on aboutit à la conclusion que la Joconde et les Fleurs du mal sont des créations informationnelles au même titre que des cartes de météorologie ou que les cours de la Bourse. On voit le chemin parcouru par rapport à la dimension traditionnelle du droit d'auteur.

On se bornera ici à suggérer des pistes de réflexion à partir de ce constat. Une première question est de savoir s'il faut tout protéger. Le doyen Carbonnier parlait il y a quelques années des « monopoles parasites ». Ne risque-t-on pas de les voir proliférer, au risque d'oublier que la libre concurrence doit rester la règle.

En toute hypothèse, il reste à savoir si le droit d'auteur est une technique adaptée. Rien n'interdit de le penser. On doit cependant prendre garde à deux écueils. D'abord, à trop étendre le champ d'application du droit d'auteur, on remet en cause l'équilibre entre propriété industrielle et propriété littéraire ou artistique, détruisant ainsi la cohérence du droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble. Ensuite, il faut veiller à ne pas « dénaturer » le droit d'auteur en l'appliquant de manière systématique dans des hypothèses marginales, ce qui oblige à en « gommer » la spécificité, comme on l'a bien vu avec l'ensemble des logiciels. Le danger a été dénoncé par MM. Kerever (Le droit d'auteur 1983, 368) et Françon (RIDA 1987, n. 132, p. 3). Le droit d'auteur a su prendre le virage des technologies nouvelles. Mais il ne peut donner que ce qu'il a.

P. J.-M. MOUSSERON : *Le fait de protéger une obtention végétale n'avait pas de sens, il y a trente ans, pour la simple raison que les techniques de la biologie interdisaient la reproduction à l'identique d'une espèce végétale. Ce sont les progrès de biologie qui ont permis la reproduction à l'identique de certaines espèces. Ainsi, ils ont posé en pratique un problème qui était jusqu'alors purement théorique. A partir de ce moment-là, une double formule a été mise en place. En principe, les obtentions végétales sont brevetables en France et, c'est pourquoi lorsque vous offrez des roses, une sur deux est baguée. Mais, progressivement, pour certaines espèces dont le nombre devient de plus en plus large, il existe une protection particulière par les certificats d'obtention végétale cette dernière formule étant retenue à l'exclusion de toute autre par la Convention de Munich des semences, des céréales sont couvertes par des droits et de très forts pourcentages appartenant notamment à des sociétés américaines. Jacques Combeau rappelait cette donnée à propos de la possibilité de prendre des brevets sur des espèces animales. Si on prolonge la réflexion, dans dix ans, 80 % des espèces animales qui seront nées dans nos prés pourraient relever de brevets américains.*

M. COMBEAU : *Je m'aperçois en entendant certains commentaires que j'ai peut-être donné du brevet une image plus négative que ne n'avais l'intention de le faire. Je vais profiter de cette question pour donner mon opinion là-dessus.*

Au préalable je vais répondre et ajouter au propos de M^{me} Schmidt quelques idées personnelles. Il est vrai que le brevet n'est pas une indication pour le créateur individu. On peut trouver des systèmes de récompenses mieux adaptés ou même adaptés, alors que le brevet n'est pas du tout une réponse. En revanche, pour celui qui est amené à investir pour permettre la création, la réservation est très utile. Peut-être pas sous un angle positif, mais sous un angle négatif. Le système des brevets existant ne constitue pas forcément une incitation mais, si on le supprimait, ce serait très certainement un frein. C'est un peu comme dans le domaine du management, on sait qu'une augmentation individuelle pour le salarié n'est pas une incitation positive pure, mais, on sait que s'il n'en a pas, il sera certainement démotivé.

Le brevet est une technique lourde qui exclut a priori un certain nombre d'informations, soit dont la durée de vie est trop courte, soit dont l'apport créatif n'est pas suffisant. Donc, cela restreint le type d'informations qui

peut être breveté. Ceci dit, il est vrai que pour certains cas à la marge en ce qui concerne les logiciels particuliers, on choisira de ne pas prendre le brevet. Cependant, il existe des cas où les deux formules sont compatibles. Pour la plupart des logiciels qui permettent la réalisation de fonctions on peut obtenir des brevets et, sur le logiciel lui-même, utiliser le système de droit d'auteur. Le choix de ne pas rechercher la protection par brevet, peut s'expliquer par la lenteur administrative. Dans les cinq ans ce sera trop tard ! Cette notion de durée a une très grande importance. Par exemple, en ce qui concerne les ordinateurs personnels, obtenir un brevet au bout de cinq ans ne sert pratiquement plus à rien car le piratage a déjà eu lieu. C'est ainsi que certaines entreprises envisagent de se reconvertir et d'abandonner le système de brevet européen pour revenir à des systèmes nationaux pour ce genre d'inventions afin d'obtenir des brevets plus rapidement. Je regrette vraiment que l'Institut français ne prenne pas la même direction que ses homologues anglais ou allemand et n'essaie pas d'obtenir des délais de délivrance plus brefs de manière à offrir cette alternative.

M. HUGENHOLTZ : Pourquoi les produits informationnels ne sont-ils pas protégés par le brevet ? A mon avis, la réponse est parce qu'ils ne sont pas considérés comme des matières techniques. Ce critère de technicité est essentiel dans nos différents systèmes de protection de brevet. Le logiciel est exclu par exemple, dans le Traité de Munich. Mais, je me demande si ce n'est pas une erreur que cette exclusion. Pourquoi un logiciel ne serait-il pas une technique en soi ? On pourrait répondre : « Parce que c'est immatériel ». A mon avis, je crois plutôt que cela dépend de la notion de technique qui prévalait au XIX^e siècle, c'est-à-dire, une conception qui se référait à la chimie, à la science physique mais non pas à l'information. Je ne peux pas croire qu'il existe une raison évidente pour exclure le logiciel au XX^e siècle.

P^r A. LUCAS : C'est un peu facile de démontrer l'archaïsme du système des brevets. Néanmoins, je suis convaincu du fait que les critères de brevetabilité ont été forgés, pour l'essentiel, au moment de la révolution industrielle. Celle-ci a connu comme invention-reine une invention de type mécanique faisant appel effectivement plus à la physique. Cela rendait plus difficile l'application de ces critères en matière informatique. Cependant, il serait abusif de ramener le problème à ces conditions d'application industrielle. Je crois que les autres conditions de nouveauté, d'activité inventive, rendaient très difficiles l'application de droit des brevets en matière de logiciels. Car suivant l'avis des spécialistes, il est certain que seulement très peu de logiciels pouvaient remplir ces critères d'activité inventive. Alors, que penser d'une protection dont on afficherait, dès le départ, qu'en toute hypothèse, elle ne pouvait servir qu'à 1, 2, 3 ou 4 % des inventions considérées.

Maître VERON : Je crois que dans beaucoup d'affaires relatives à la contrefaçon, il n'y aura pas la difficulté que l'on escompte au niveau de la preuve. Particulièrement en matière informatique, la contrefaçon se réalisera bien souvent sous forme de piraterie pure et simple. Et, en général, une copie servile sautera aux yeux et ne fera pas surgir de très grandes difficultés d'identification. Or cela couvrira 80 % des cas de contrefaçon. Il restera les 20 % de cas concernant les problèmes clones, les problèmes de logiciels qui assurent les mêmes fonctionnalités et qui sont réécrits... Ici seulement, tout reste à faire, il faut attendre que les experts se prononcent.

M. GAUDRAT : En réalité, il s'agit plus d'une observation que d'une question. Le P^r Lucas nous a rappelé que l'une des raisons pour laquelle le brevet était mis de côté pour les logiciels, est fondée sur les critères d'activité inventive et de nouveauté.

Or, il se trouve que quand la Cour de cassation interprète l'originalité en matière de logiciel, elle utilise des critères qui ressemblent étrangement à l'activité inventive et à la nouveauté. Quand il s'agit d'apport personnel, alors que cela fait référence implicitement à la nouveauté dans l'univers des formes, on peut se douter qu'il existe un rapprochement entre ces deux critères propres aux brevets.

Par ailleurs, je me demande si ceci reste dans la philosophie du droit d'auteur. Il est précisé dans l'article 2 de la loi du 11 mars 1957 qu'il est exclu d'avoir référence à la valeur ou à la finalité de l'œuvre pour la protéger. Or, quand une œuvre n'est plus esthétique, quel est l'élément qui permet de juger sa valeur ? Il s'agit bien de sa valeur économique. S'intéresser à l'apport personnalisé ou à la nouveauté, c'est s'intéresser à la valeur économique de l'œuvre ; c'est le « petit plus » de l'œuvre. Ces nouveaux critères ne sont-ils pas finalement en contradiction avec l'article 2 ?

Dans la conception défendue par la Cour de cassation, on peut trouver un rapprochement avec la nouveauté mais je ne pense pas que l'on puisse trouver un rapprochement avec l'activité inventive car la Cour de cassation se garde bien de toute appréciation qui pourrait conduire à penser qu'un seuil d'originalité existe. Ce qui est sûr, c'est que cela est beaucoup moins net par rapport à l'équivalent allemand car la Cour Suprême fédérale allemande a été très exigeante concernant le niveau d'originalité. Je ne crois pas que l'on puisse parler de rapprochement avec la notion d'activité inventive.

Pour ce qui est de l'appréciation qui serait faite indirectement de la valeur économique, je ne sais pas si la Cour de cassation a raisonné ainsi. Elle a surtout voulu écarter une définition subjective de l'originalité qui était tout à fait hors de propos. C'est donc dans ce sens négatif qu'il faut tout d'abord lire l'arrêt. Maintenant, quant au sens positif qu'il faudrait donner à l'expression « apport intellectuel », je pense que l'on pourrait mieux en parler si l'on était sûr que les rédacteurs de l'arrêt en aient eu, eux-mêmes, une idée très précise.

M^{me} DE LAMBERTERIE : Je voudrais revenir sur la question d'originalité. J'ai trouvé un considérant qui a suscité mon attention dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris du 5 mars 1987 qui disait que le fait que soit « considérée la composition particulière du programme a pour conséquence qu'il serait pratiquement impossible pour un tiers de le réécrire sous la même forme pour arriver au même résultat ». Donc, il serait intéressant de creuser cet aspect-là dans la mesure où souvent, la forme et la manière constituent les motivations qui permettent de justifier cette originalité. Ma deuxième observation est liée au problème de l'évolutivité des produits informationnels. On a vu quels étaient les types de problèmes qui pouvaient être posés pour une protection par les brevets. Je soulève le même type de questions concernant la protection par le droit d'auteur car il s'agit d'un produit informationnel qui est amené à évoluer. On se trouve quotidiennement confronté devant les problèmes des différents États puis des versions différentes des produits logiciels. Ensuite, on se trouve amené à régler les problèmes de ce que l'on peut appeler des œuvres dérivées à propos desquelles on ne voit pas très bien où commence et où se termine la contrefaçon. J'avoue très franchement que j'aimerais entendre les personnes qui sont confrontées dans la pratique au problème de savoir comment établir la preuve qu'il y a eu ou non contrefaçon. A quel moment cela commence ? A partir de quand commence la nouvelle œuvre ?

M. CAVANAGH : Je voudrais rappeler que le critère d'expression de la personnalité en pratique n'est plus utilisé tout au moins dans mon domaine, celui de l'édition, depuis fort longtemps. Le document que j'ai sous les yeux est une analyse de la nouvelle loi dans laquelle j'espère que l'auteur n'a pas trop exprimé sa personnalité. Ceci constitue un travail intellectuel dans lequel ont été insérées des remarques personnelles. En réalité, il n'existe pas beaucoup de livres techniques où on trouverait vraiment l'expression de la personnalité dans le sens où Baudelaire et Zola pouvaient le comprendre. Or, la littérature et les livres d'art représentent 15 % du chiffre d'affaires de l'édition.

Une autre remarque porte sur la contrefaçon. Il faut bien se rendre compte, dans le domaine du livre également, que c'est très facile quand il s'agit d'une copie servile. Dès lors qu'il ne s'agit plus d'une copie servile, c'est infiniment plus complexe. Certainement aussi complexe dans le domaine du livre que dans tous les autres domaines. On voit bien généralement, que les deux auteurs ont raconté la même histoire, mais il arrive très rarement que des passages aient été repris. Les personnes ne sont pas si bêtes ! Pourtant, on arrive à déceler que l'on a pris le travail de quelqu'un.

Une autre remarque porte sur une question qui n'a pas encore été abordée. Il est très important de donner des droits aux entreprises. Mais, si on donne les droits d'auteur, les entreprises ne pourront pas gagner de l'argent en exploitant les œuvres en question. Cependant, cela ne suffit pas. Dans tel dossier on trouve un excellent exemple. Il s'agit de photocopies faites par un étudiant en droit, cela relève d'un délit pénal. Or, en tant que représentant du syndicat des éditions, je n'ai pas l'intention d'essayer de l'en empêcher. Il ne suffit pas de donner un droit qui puisse être utilisé. Je crois que ce serait la même chose pour les copies faites des logiciels au sein des entreprises. On ne pourra pas contrôler car on ne pourra pas avoir un œil à chaque endroit.

Je termine en indiquant la solution que nous avons mis au point avec une douzaine de pays en ce qui concerne la reprographie de textes. Les éditeurs ont compris qu'il s'agissait au fond d'un besoin social. Donc, on aurait tort de ne pas essayer de le satisfaire. De notre côté, étant donné le travail des auteurs, étant donné notre travail, il faut qu'il en résulte une rémunération.

Dans de très nombreux pays comme l'Angleterre, les États-Unis, l'Allemagne, les éditeurs ont constitué des sociétés de gestion collective. Ces sociétés concluent des accords avec les universités ou avec les entreprises. Ces accords entraînent un paiement et un contrôle en autorisant la photocopie des œuvres que la société représente pendant la durée du contrat. Je crois que pour un certain nombre d'usage privés, on sera obligé d'aller vers des techniques semblables qui sont extrêmement différentes de ce que l'on utilise habituellement tel que le procès en contrefaçon ou la saisie en contrefaçon.

P^r BOULAYE : On demande beaucoup de travail aux experts dans le domaine informatique, car les juges se déchargent généralement sur l'expert qui règle en grande partie l'affaire. D'ailleurs, les missions que nous recevons sont assez révélatrices. J'ai eu une mission dans laquelle on me demandait froidement de me prononcer sur l'originalité d'un logiciel. Vous savez tous que suivant la procédure, l'expert ne doit pas se prononcer sur un critère subjectif. Or celui-là en est parfaitement un. Dans ces cas là, il ne faut pas « continuer la faute » commise par le juge, il faut se demander quels sont les critères qui permettent de déterminer l'originalité du logiciel. Il nous faut trouver ce qui peut répondre à l'attente du juge et ce à l'aide de contrats techniques.

Quand on copie un logiciel, il s'agit de cas où il est plus facile de le copier que de le faire. Car un logiciel nécessite beaucoup de temps pour être mis au point. Il est constitué à la fois d'une architecture et de détails. Regardez un peu l'évolution de la science informatique pendant les dix dernières années. Elle a été principalement consacrée à la maîtrise du développement des logiciels, ce que nous appelons le génie-logiciel. C'est la recherche de la maîtrise de la complexité. Un logiciel qui marche, dont on a envie de copier le contenu est un logiciel qui a pris beaucoup de temps pour être mis au point. Par conséquent, ceci a coûté de l'argent. Ce logiciel n'est pas la conséquence de l'enfilade de petits traits de génie.

M. COMBEAU : Il faut d'abord préciser que mes propos n'engagent que ma personne et n'impliquent absolument pas nécessairement l'entreprise à laquelle j'appartiens.

Il ne faudrait pas me pousser beaucoup, Monsieur le Président, pour me faire dire que le rapport qualité-prix du système européen n'est pas extraordinaire. A priori, le système français lui est probablement infiniment supérieur. Un système avec un rapport de recherche obtenu au bout de huit ou neuf mois semble meilleur quand il faut deux ans minimum pour l'Office Européen des Brevets. Une discussion est engagée sur le rapport de recherche publié entre l'administration et le déposant, moyennant quoi, un avis documentaire est établi. Je pense que c'est le meilleur rapport qualité-prix que l'on puisse obtenir. L'avantage du système européen consiste en ce que les Chambres de recours qui fixent le droit sont plus rapides que les décisions de justice du système français. Donc, le droit évolue plus vite à l'aide d'un système européen qu'avec le système français. Mais, en dehors de ce point, je pense que le système français pourrait être supérieur s'il aboutissait à des délivrances en deux ans. Ceci serait possible s'il voulait s'en donner les moyens.

M^{me} LUCAS DE LEYSSAC : Je crois qu'il n'existe pas de décision sur les vols d'informations. L'affaire Canal Plus concerne le refus total d'appliquer l'article 379 du Code pénal pour des raisons dont les motivations seront schématisées. Le jugement qui a été publié à la revue des sciences criminelles, a été confirmé hier par la Cour d'appel de Paris. La première raison est la suivante, le détenteur de l'information qui se prétend piraté, conserve cette information. Cela ne correspond donc pas à une dépossession.

■ MARQUE, INFORMATION ET ENTREPRISE

Christian LE STANC

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier,
Avocat à la Cour

J'ai quelques regrets et il faut que j'en fasse état. C'est celui que Jacques Azema soit absent parce qu'il est infiniment plus compétent que moi-même sur cette question des marques... Je témoignerai sur ma pratique.

Dans quel domaine s'applique ce jeu de marque, de commerce, de fabrique et de service ? Il existe plusieurs catégories de marques. Il serait utile de les rappeler rapidement pour préciser ce dont il s'agit.

D'une part, nous pouvons trouver des marques nominales. Il s'agit d'un nom que l'on prononce pour désigner quelque chose, un produit, un service. Vous connaissez tous, par exemple, « OMO », « Mademoiselle âge tendre ».

D'autre part, nous rencontrons les marques figuratives. Ce sont des dessins, des formes en deux dimensions tels que les chevrons de Citroën, par exemple.

Enfin, ce que l'on appelle les marques plastiques recouvrent les marques en trois dimensions. Par exemple, cela peut être le bonhomme Bibendum vu en volume ou, encore, la bouteille de Perrier.

Des marques nominales, figuratives, plastiques peuvent s'allier les unes avec les autres pour faire des marques qui seraient plus complètes ou un dessin associé à un nom dans une combinaison particulière. Ceci constitue une première classification, étant relevé que ces marques peuvent servir à désigner soit des activités de fabrication (c'est la raison pour laquelle on appelle cela les marques de fabrique), soit des activités de commerce (on les appellera les marques de commerce), soit enfin, des activités du pur service (notre droit français accepte fort bien l'existence de marques de services, alors que les droits étrangers ne l'ont pas toujours accepté notamment le droit anglais jusqu'à une date assez récente).

Si tel est le champ d'application dans lequel peuvent jouer ces marques, ces signes distinctifs particuliers résultant de la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964, il faut se demander quelles conditions sont nécessaires pour pouvoir conférer un monopole dont on verra ultérieurement l'étendue.

I. — LES CONDITIONS D'OBTENTION DES MARQUES SONT DE DEUX ORDRES. D'UNE PART, LES CONDITIONS DE FOND ET, D'AUTRE PART, LES CONDITIONS DE FORMES

Quant aux conditions de fond, on peut en distinguer deux catégories : l'une qui a été élaborée dans l'intérêt du consommateur, car elle appelle le consommateur d'une certaine manière, l'autre qui protège l'intérêt des concurrents, car il existe des problèmes de frontières.

Ainsi, il ne faut pas que les marques soient déceptives au regard du consommateur, ceci constitue la première exigence pour qu'une marque soit valable. Si elle vous suggère quelque chose qui n'est pas exact, si elle est trompeuse, elle ne sera pas valable et, par conséquent, elle ne pourra être valablement appropriée par le

déposant. Cela a été jugé pour un certain nombre d'affaires, par exemple, quant au produit dit « Lavalaine » qui n'était pas constitué de laine et qui n'était pas lavable !

La seconde condition tient du respect « des frontières » à l'égard des concurrents. Dès lors, on exige que les signes soient arbitraires (sans que le mot soit dans la loi). Ainsi, la marque ne doit être ni descriptive, ni générique, ni nécessaire. Si, en effet, cela était le cas, on ne pourrait pas désigner la chose sans risquer de toucher à la propriété d'autrui. Alors, plus la marque est arbitraire, meilleure elle est.

Les conditions remplies, le droit des marques nécessite une formalité particulière, c'est-à-dire il faut effectuer un dépôt à l'I.N.P.I.

Cette obligation de dépôt est valable en matière de marques et en matière de brevets (alors qu'il ne faut point exécuter cette formalité pour les droits d'auteurs). On dépose par conséquent le signe que l'on a choisi. On obtiendra un droit privatif pour autant que le dépôt est le premier, c'est-à-dire que la marque est disponible et qu'elle n'a pas été antérieurement appropriée par un tiers. J'ajoute, pour l'aspect de durée, que ces marques sont valables pendant dix ans mais sont indéfiniment renouvelables.

II. — QUAND LE SIGNE A ÉTÉ VALABLEMENT APPROPRIÉ, ON A DONC UNE PROPRIÉTÉ SUR LE SIGNE EN TANT QUE ENTITÉ

Cela permet de protéger ensuite son droit à l'égard des tiers par diverses sanctions que le droit positif apporte. Des sanctions pénales existent telles que celles de contrefaçon, imitation frauduleuse (pour certaines formes de débit, de vente) et telles que celles qui sont utilisées en matière de droit d'auteur mais qui ont été éliminées depuis la loi de 1978 en matière de brevets. Également, on trouve des sanctions civiles qui permettent de se faire indemniser par le contrefacteur ou l'imitateur pour réparer le préjudice causé.

De tout ceci, qui est un bref rappel, il faut retenir que cette technique d'appropriation ne vise que des formes très particulières, des signes distinctifs, et ne concerne que la propriété du signe. Cela ne s'étend pas, par conséquent, à ce que le signe désigne. Ainsi, ce n'est pas possible de réserver un logiciel par une marque ; ce que l'on peut protéger, c'est la marque. Également, il n'est pas possible de réserver une activité quelconque par le signe ; seul le signe désignant l'activité sera, lui, réservé.

Alors, de manière marginale, comment ce droit des marques pourra-t-il servir dans les hypothèses bien spéciales que nous devons envisager aujourd'hui ? Plusieurs exemples peuvent être retenus...

Ainsi, pour les logiciels, dès l'instant où l'on insérerait des signes qui seraient déposés à titre de marque dans une certaine série d'instructions, on pourrait imaginer

qu'un contrefacteur reproduise ces éléments. Laisée de côté la question de l'atteinte au droit des logiciels prévu par la loi de 1985, il existerait, peut-être, des infractions spécifiques en matière de marque.

Un autre exemple que nous avons rencontré, il y a quelques temps, avec Michel Vivant, concerne l'accès à des services télématiques. Des personnes avaient eu l'idée de déposer, à titre de marque, le code d'accès au service Télétel. D'autres, ne l'avaient pas déposé mais ils s'en étaient servis alors qu'ils avaient eu une vague bénédiction de la D.G.T. Ces derniers ont été assignés en contrefaçon pour la reproduction du signe de trois lettres qui était le code d'accès.

J'évoquerai encore une histoire de pièces de monnaie. L'idée d'utiliser des pièces comme support publicitaire a été imaginée par une société créée à Toulouse voici quelques mois. On ne savait pas exactement dans quel sens la réservation de cette idée publicitaire devait être effectuée. Quand les personnes se sont posées la question de savoir s'ils pouvaient privatiser la chose (c'est-à-dire la bloquer pour empêcher les concurrents de reproduire cette idée), les conseils en propriété industrielle qu'ils ont sollicités ont analysé la situation en fonction des différentes techniques de réservation. Tout d'abord, du côté des brevets, ce n'était pas possible. Ensuite, dans la mesure où il n'existe rien de désigné en particulier, la technique des dessins n'était

pas applicable. Enfin, du côté du droit d'auteur, ce n'était pas intéressant car ce n'est pas protégeable. Mais, par contre, on pouvait utiliser le droit des marques. Ainsi, cette idée publicitaire a pris la forme d'un dépôt de marque dont je ne sais exactement ce qu'il vaut mais qui a le mérite de poser la question. Ces personnes ont déposé à titre de marque le fait de prendre une rondelle, par exemple une pièce de monnaie, et d'y apposer sur une des faces un message publicitaire circulaire comprenant du texte ou du dessin. Cela pour désigner non pas des produits particuliers mais des services qui sont des services de publicité. Nous nous trouvons dans une immatérialité particulièrement éthérée !

Enfin, je vous citerai un dernier exemple qui a été jugé. On a en effet sollicité le droit des marques pour protéger une certaine forme de pneus permettant d'obtenir un effet technique particulier à partir de certains dessins. Bien entendu, on rencontrerait des difficultés au niveau du droit d'auteur car les principes sont tels qu'il renvoie alors au droit des brevets et que cela n'est pas nécessairement brevetable. Pourquoi ne pas déposer, alors, la marque du dessin comme cela a été fait ? Il se trouvait que cela remplissait une fonction technique. Mais rien dans le droit des marques interdit que la marque ait une fonction technique...

Il y a de quoi donner du travail aux juristes !

■ LA PROTECTION DES INFORMATIONS DE L'ENTREPRISE PAR LE DROIT PÉNAL

Michel MASSÉ

Maître de Conférences à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Voici donc maintenant, ainsi que notre programme le prévoit, le « témoignage » d'un pénaliste en charge de dire en quoi le droit pénal est une « incitation » pour les entreprises (alors qu'elles le considèrent généralement comme un frein) ; incitation en ce qu'il favoriserait « l'émergence de la valeur information ».

Un pénaliste qui témoigne doit dire, c'est bien sûr, « la vérité, toute la vérité, rien que la vérité » ! Or je suis bien en peine de vous apporter aujourd'hui LA ou même UNE vérité. La question posée est toute neuve dans notre spécialité ; les réponses sont encore extrême-

ment floues. Humblement, je me contenterai donc de vous livrer un état des lieux, tels que je les ai trouvés ; un premier inventaire dans lequel il y aura davantage de questions que de réponses.

Comme nous y sommes invités aujourd'hui, je discuterai spécialement les questions marginales, limites, pour l'approche desquelles je m'efforcerai de présenter une méthodologie. Avant d'en arriver là, il nous faut cependant, par une sorte de « démarche en entonnoir », partir d'un peu plus haut. Comme il faut faire vite, deux tableaux m'aideront à concrétiser la démarche suivie.

L'INFORMATION ET L'ENTREPRISE INVENTAIRE DES INFRACTIONS

A éliminer : Infractions contre les personnes et tout ce qui est un frein pour l'entreprise.

- Protection des personnes :
 - Loi informatique et libertés
 - Dispositions pénales du droit de la presse
- Autres freins (protection des tiers lors de la diffusion d'informations) :
 - Mensonges interdits en publicité et dans la rédaction de documents financiers ou comptables.
 - Manipulations interdites sur les marchés et spécialement les marchés des titres.

A mentionner : Infractions contre la « chose publique ».

- Circulation des informations :
 - Secret des correspondances (avantage)
 - Monopole des P. et T. (frein).
- Qualité des informations :
 - Infractions de faux (art. 150 s. C.P.).

A étudier : Infractions contre les biens.

- Spécifiques :
 - « Technique du brevet » : contrefaçons (art. 422 s. C.P.)
 - « Techniques du secret » :
 - Secret des correspondances (187 C.P.)
 - Loi 26 juillet 1968 (modifiée 80) relative à la *communication* de documents et *renseignements* d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères
 - Secret de la défense nationale
 - *Communication de secret de fabrique* (418 C.P.).
- Classiques :
 - Destructures et dégradations (434 s. C.P.)
 - Vol (379 C.P.)
 - Escroquerie (405 C.P.)
 - Abus de confiance (408 C.P.)
 - Recel (460 C.P.)

Venons en tout de suite à ce qui est essentiel pour notre propos d'aujourd'hui : l'étude des infractions contre les Biens. Deux questions doivent être abordées.

1^{re} question : Existe-t-il des infractions conçues pour protéger les informations en général et spécialement les informations de l'entreprise ?

la réponse est : oui, mais, oui, ces infractions existent (elles sont de deux sortes, correspondant à ce que d'autres que moi, ici présents, ont appelé la technique du brevet et la technique du secret). Mais elles sont, pour l'entreprise, d'une portée assez limitée.

Renforçant la technique du brevet, nous trouvons les infractions de contrefaçon (art. 422 et s. C.P.) qui reprennent notamment la contrefaçon de marque et d'œuvres protégées par le droit d'auteur, parmi lesquelles, depuis 1985, certains logiciels. Observons tout de suite l'absence de contrefaçon pénalement répréhensible pour les inventions brevetées. Cette protection a disparu avec la loi du 13 juillet 1978, remarquable retrait du droit pénal dans un domaine qui est au cœur même des questions que nous nous posons aujourd'hui et à

une époque où, déjà, une demande de sanction était formulée dans des domaines voisins.

Reprenant la technique du secret, nous trouvons plusieurs incriminations parmi lesquelles nous soulignons surtout la COMMUNICATION DE SECRET DE FABRIQUE (art. 418 C.P.) sur laquelle nous aurons à revenir. Observons également que l'incrimination générale de la violation de secret professionnel (art. 378 C.P.) ne figure pas dans le tableau. Il n'existe pas, en effet, de secret professionnel de l'homme d'affaires, ni de l'informaticien, en tant que tel. Le seul secret professionnel que l'on pourrait citer est celui de l'inspecteur des impôts ou de l'inspecteur du travail qui ont connaissance d'un certain nombre d'informations de l'entreprise et sont tenus de ne pas les divulguer.

Sur l'ensemble de ces infractions (techniques du brevet et du secret), je voudrais faire maintenant deux observations plus générales :

1) En premier lieu il est remarquable que la plupart de ces textes (contrefaçon, loi de 1968, secret de fabrique...) envisagent expressément la dimension internationale de l'infraction.

2) En second lieu il est regrettable, du point de vue qui est le nôtre aujourd'hui, que chacun de ces textes ait un domaine d'application extrêmement limité.

La contrefaçon suppose que l'information bénéficie d'une protection juridique particulière, que son usage, son exploitation, soit réservé à une entreprise. Le droit pénal ici intervient seulement « en plus ». Il est cantonné dans un domaine d'application délimité dans une autre branche du droit (sauf à manifester quelque autonomie, comme en matière de logiciel).

La communication ou violation de secret supposent que l'information soit qualifiée de secrète. En général, cette qualification résulte de la loi ; elle poursuit un but d'intérêt collectif qui n'est pas a priori l'intérêt de l'entreprise, même si les deux peuvent se rejoindre à un moment donné.

Sauf pour une infraction : la divulgation de secret de fabrique de l'article 418 C.P. qui vise, selon la jurisprudence, les informations « tenues secrètes ». Par qui ? par l'entreprise évidemment. Il suffit a priori, pour que le texte soit applicable, que l'entreprise ait organisé ou ait protégé le secret de certaines informations soit par la voie contractuelle, soit par le règlement intérieur, soit encore par une autre technique. Cette infraction me paraît de loin la plus ouverte, la plus accueillante à nos soucis présents.

Mais au bout du compte, la quête d'infractions spécifiques est assez décevante. Posons alors la seconde question.

2^e question : Les infractions traditionnelles du droit des biens sont-elles utilisables pour protéger les informations de l'entreprise ?

Outre les informations de destructions et de dégradation (art. 434 et s. C.P.) nous trouvons ici la trilogie bien connue, les trois sœurs : VOL (art. 379), ESCROQUERIE (art. 405), ABUS DE CONFIANCE (art. 408), et leur cousine : RECEL (art. 460 C.P.) dont une réforme est à l'étude. Ces infractions traditionnelles sont apparues à une époque où les biens protégés étaient corporels, « des choses » comme disent plusieurs textes. C'était un droit de la matière. Sont-elles applicables aux informations, par nature immatérielles ?

La réponse est : peut-être.

On en discute depuis l'irruption de l'informatique qui a servi, en ce domaine comme en beaucoup d'autres, de révélateur. Dans ces discussions plusieurs discours peuvent être repérés et même, nous semble-t-il, plusieurs étapes.

1) Dès le départ il a été soutenu que ce vieux droit pénal, à interprétation stricte, était assurément inadapté à une technique au développement exponentiel, qu'il fallait que de nouveaux textes soient rédigés, que de nouvelles incriminations soient créées. C'est ce que l'on a fait pour la protection de la vie privée avec la loi informatique et libertés. Le droit pénal a été mis en première ligne pour se prémunir contre un certain nombre de dangers, et l'on ne pensait pas que le droit commun puisse suffire.

2) Dans un deuxième temps, force a été de constater que la loi informatique et libertés n'était pas appliquée (elle commence tout juste à l'être, pénalement) alors que des « fraudes informatiques » poursuivies devant les tribunaux étaient sanctionnées par l'application des infractions ordinaires contre les biens. Ces infractions se révélaient ainsi d'une souplesse étonnante, du moins pour ceux qui n'en avaient pas suivi toute l'évolution.

Prenons l'exemple du vol et de la jurisprudence assez impressionnante qui n'a cessé d'étendre le domaine d'application de l'article 379 du Code pénal. Alors que le texte incrimine la « soustraction de la chose d'autrui », les juges l'appliquent, dès le début de notre siècle, au vol d'électricité. Dans les années 1960, c'est au « vol d'usage » des automobiles que l'on applique l'article 379, dans des hypothèses où le véhicule était ultérieurement remis à l'endroit exact où il avait été « soustrait ». En 1979, c'est le « vol par reproduction », c'est-à-dire le fait de « s'emparer » d'un document en photocopiant l'original... Voilà une jurisprudence extrêmement favorable à l'extension de l'article 379, toute la question était de savoir jusqu'où on pouvait aller.

3) S'ouvre alors une troisième étape qui me paraît avoir été décisive du point de vue de la psychologie collective. Nous sommes dans les années 1980-1985. Deux débats sont ouverts. Tous les deux seront clos en accréditant l'idée que le droit commun est inadapté face à certaines formes nouvelles de la « délinquance ».

C'est tout d'abord le problème des D.A.B. (distributeurs automatiques de billets). Certains d'entre eux se sont mis à distribuer beaucoup plus de billets qu'on ne leur en demande et même beaucoup plus qu'il n'y en a sur le compte de celui qui bénéficie du retrait. Et on sait qu'en novembre 1983 la Cour de cassation finit par décider que cette personne ne pouvait être condamnée ni pour vol, ni pour escroquerie, ni pour abus de confiance, qu'elle ne pouvait être que relaxée. Je crois que cette décision doit avant tout se comprendre comme un avertissement adressé aux banques : assurez-vous même la prévention et la discipline de ces opérations, ne comptez pas sur la justice pénale comme en matière d'émission de chèques sans provision... Mais elle a le plus souvent été perçue comme la constatation de l'inefficacité du droit pénal actuel.

C'est ainsi également qu'en juillet 1985 s'achève (à supposer qu'il soit clos) le débat sur la protection des logiciels. Pour qu'une sanction pénale soit possible il aura donc fallu l'intervention du législateur.

4) La voie était alors ouverte à une législation spécifique aux « fraudes informatiques ». Le projet de nouveau Code pénal, déposé au Sénat en février 1986 et depuis lors en attente, contient des incriminations qui ont cet objet. Et en ce moment même la proposition de loi Godefrais est en discussion à l'Assemblée Nationale. Entrés en vigueur, ces textes constitueront une nouvelle protection pénale des informations de l'entreprise, mais seulement de celles qui auront fait l'objet d'un traitement automatisé.

Sans préjuger de ce que sera la suite de l'évolution, je me demande tout de même si cette protection accordée aux données informatisées n'aura pas, comme par contre coup, des conséquences négatives sur le statut de toutes les autres. Puisque des lois spéciales auront été nécessaires pour protéger certaines d'entre elles, ne va-t-on pas définitivement en conclure que les informations en tant que telles ne peuvent pas être protégées par le droit commun des infractions contre les biens ?

En l'état actuel du droit, l'approfondissement doctrinal auquel toutes ces discussions ont donné lieu depuis plusieurs années me permet de vous présenter non pas des solutions, mais une approche méthodologique du problème.

LA PROTECTION PÉNALE DES INFORMATIONS DE L'ENTREPRISE : MÉTHODOLOGIE

Nature de l'atteinte		Infractions envisageables
	• Altération, modification, destruction... (sabotage)	434 s. faux
	• Appropriation, soustraction, accès, usage... (piratage)	
Modalités et circonstances de l'atteinte		
QUI ?	• Un membre de l'entreprise — dirigeant — personnel	violation secret de fabrique Abus de confiance (ou de biens sociaux)
	• Un cocontractant de l'entreprise	
COMMENT ?	• Une autre personne	
	• Manœuvres interdites (mensonges, « effraction », branchement en dérivation...)	escroquerie
	• Sans manœuvres ou manipulations interdites	
Objet de l'atteinte		
	• L'information sur son support	toutes les infractions classiques contre les biens
	• L'information seule — juridiquement protégée — en l'absence de protection particulière	contrefaçon secret

Consacrons-nous, comme convenu, aux seuls cas limites, aux situations marginales, qui correspondent me semble-t-il aux cases laissées en blanc dans la colonne de droite du tableau : les atteintes à l'information elle-même (sans considération de son support ou du matériel qui en assure le traitement) lorsque cette information n'est pas l'objet d'une « réservation » particulière juridiquement organisée. Éliminons même les cas dans lesquels l'existence de l'un des contrats énumérés par l'article 408 permettrait d'envisager l'abus de confiance ; éliminons aussi les hypothèses de manipulations ou stratagèmes susceptibles de caractériser les manœuvres de l'escroquerie (art. 405 C.P.).

La discussion est ainsi réduite à trois incriminations. En cas d'altération de l'information, il est sans doute possible d'envisager l'infraction de faux. Mais lorsqu'il s'agit d'un « piratage », la situation est plus délicate. Si un membre de l'entreprise en est à l'origine, il faut penser à la communication de secret de fabrique. Sinon, il ne reste que l'incrimination de vol. Me référant sur ces trois points à la jurisprudence et à la doctrine dominante, je dirai que la protection pénale de l'information est :

- probable en cas de faux
- possible par l'article 418 du Code pénal
- impossible par l'incrimination de vol.

1) Le faux est réprimé en « écriture privée de commerce ou de banque » (art. 150 C.P.) dès lors que ces

écritures ont une portée juridique, qu'elles constituent un « titre » ou qu'elles aient seulement une certaine valeur probatoire. Mais qu'entend-on par « écriture » ? Bien que l'expression soit a priori assez restrictive, la jurisprudence recèle déjà un grand dynamisme d'adaptation aux techniques nouvelles de fixation de la pensée. C'est ainsi que, déjà, elle assimile à l'écrit lui-même toute forme de reproduction sur le papier. Il peut être imprimé (imprimante) ou codé (pourquoi pas en langage informatique). Ira-t-on jusqu'à admettre des formes d'écriture sur support magnétique ou sur un écran ? Une telle évolution, liée à celle des règles et techniques de preuve, paraît assez probable. Le texte exige d'ailleurs un écrit, pas un papier.

2) L'article 418 du C.P. condamne la divulgation par une personne appartenant à l'entreprise des « secrets de la fabrique ». Selon la jurisprudence est secrète toute information « tenue » comme telle, serait-ce par un certain nombre de précautions contractuelles ou par des clauses du règlement intérieur. Mais les tribunaux exigent que cette information soit un procédé de fabrication, ce qui réduit très considérablement l'utilisation présente de ce texte. Certains logiciels peuvent sans aucun doute être considérés comme des procédés de fabrication, de même que des savoir-faire. Mais peut-on aller au-delà ? Il faudrait revenir sur cette interprétation jurisprudentielle. Je crois que c'est parfaitement possible. Les textes visent les secrets « de la

fabrique », ce qui, au XIX^e siècle, était synonyme de manufacture et pourrait bien aujourd'hui désigner l'entreprise. Interprétation stricte (c'est la règle en droit pénal) n'a jamais signifié interprétation restrictive.

3) Reste le problème du « vol d'information » lorsque l'accès à cette information est purement intellectuel, qu'il se fait par la vue ou l'ouïe. Selon la doctrine dominante, la répression est dans ce cas impossible. Résumons simplement les arguments avancés. Si, économiquement parlant, l'information est un bien, ce n'est pas un bien corporel ; or il n'y a pas, en droit français, de vol de service. Ce n'est pas non plus un objet de propriété. Les « idées sont de libre parcours » ; elles sont à tout le monde, ou à personne. Enfin, c'est un bien susceptible de possessions multiples. Si un intrus prend connaissance de l'information, l'entreprise n'en est pas pour autant dépossédée ; l'information reste entre les mains, si l'on peut dire, de son détenteur.

Telles sont les principales remarques suggérées au pénaliste par le thème de ces journées, synthèse d'une maigre jurisprudence et des travaux de ses collègues dont plusieurs sont aujourd'hui présent.

(On trouvera toutes les références aux études de M^{me} Lucas de Leyssac et de MM. Croze, Deveze, Goutal, Huet... dans le Lamy-Informatique de MM. Vivant et Le Stanc, dans l'article que M. Gassin vient de rédiger pour l'Encyclopédie Dalloz et dans le Thémis de M. Lucas, « Droit de l'informatique ») (1).

(1) Mise à jour (janvier 1988) : La proposition de loi Godefrain modifiée est devenue loi insérant dans le Code pénal (titre IV, titre II) ou chapitre II qui réprime « certaines infractions en matière informatique ». Cette loi est publiée au J.O. du 5 janvier. Adde également le commentaire par J. Deveze d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1987 (mise à jour E. du Lamy 87 et 5788, 20913), Commentaire intitulé « l'information et les débits contre les propriétés (suite) ».

M. COTTEREAU : Il est absolument certain que les textes sur les vols ne correspondent pas à une situation pratique qui est celle à laquelle nous sommes confrontés quand l'information est en jeu. Il ne s'agit pas de l'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui. Mais cela n'est pas nouveau dans l'histoire du droit pénal d'être en présence d'une situation de fait, à laquelle tel article ne s'applique pas. Quand nous avons eu à sanctionner la filouterie d'aliments, ou, quand on avait à traiter la filouterie d'hôtel, il n'existait pas de texte qui réprimait ce type de situation. Alors on a créé un texte spécifique. Ainsi, il suffirait d'ajouter aujourd'hui un texte spécifique qui correspondrait très exactement à la réalité pratique à laquelle on est confronté. Je crois que l'on résoudreait mieux de la sorte le problème plutôt qu'en essayant d'appliquer une législation qui ne pouvait prévoir les technologies modernes, donc, qui ne pouvait pas y répondre.

M. MEHL : Entrer dans un fichier, ce n'est pas un vol car il n'y a pas de soustraction de l'information. Si on accède frauduleusement à l'information, on ne la vole pas pour autant. C'est un accès frauduleux mais non un vol.

M^{me} CHAMOUX : On peut parfaitement entrer dans un fichier et ne rien faire. Ne pas utiliser l'information. Le simple fait d'entrer dans ce fichier mérite une sanction. En plus, il faut créer une autre sanction quand on se sert de cette information. Ce sont deux éléments différents qui devraient correspondre à des infractions différentes.

M. MASSE : Il existe plusieurs attitudes possibles :

Première attitude : on attend pour faire du droit pénal que les choses soient claires, que les valeurs soient bien établies. On utilise le droit pénal pour sanctionner des valeurs bien établies au régime bien arrêté. Dans cette voie, il faudrait attendre.

Deuxième attitude : on utilise du droit pénal pour stigmatiser. C'est grave mais les gens ne le savent pas. On va rédiger une loi de manière qu'ils le sachent avec le risque que les lois ne soient pas appliquées. Mais, à la limite c'est l'idéal pour le droit pénal : exister et ne pas avoir à être appliqué !

Troisième attitude : à la limite on n'intervient pas pour interdire pénalement les choses que l'on ne peut pas constater. On prend le risque d'avoir une infraction qui sera commise tous les jours et que l'on ne pourra pas réprimer.

La plupart des questions dont on a discuté devraient être vues sous cet angle là.

M. GASSIN : Michel Massé a relevé à juste titre que le Droit pénal ne constitue pas seulement une incitation à la création d'information pour l'entreprise comme on aurait pu le croire seulement à la lecture de ce programme. Mais il peut, également, jouer un rôle de frein. Je pense par exemple au minitel rose qui est exploité dans les entreprises contre lesquelles des poursuites ont été engagées grâce à un consensus des Procureurs généraux suscité par le Ministère de la justice.

M. Massé a, également, évoqué l'hypothèse dans laquelle l'information a un support qui est volé. Il a très bien montré alors, qu'en pareil cas, on peut retenir sans difficulté le délit de vol. Cette technique a été adoptée dans l'affaire Peugeot dans le jugement correctionnel de Montbéliard. En outre, il a soulevé un point intéressant en le résolvant d'une manière peut-être trop optimiste. Il s'agit du montant de l'indemnisation. La question est très délicate car il existe deux hypothèses possibles, soit on analyse la valeur du matériel, soit on analyse la valeur intellectuelle économique qui est incluse à l'intérieur du matériel. Si on retient l'indemnisation de la bande ou de la disquette qui a été reproduite, cela n'est pas avantageux, celle-ci ne valant pas cher sur le marché. Quant à la possibilité d'indemniser la valeur intellectuelle, nous avons des précédents dans la jurisprudence en particulier à propos du vol de copies du baccalauréat. C'est une affaire qui remonte à une vingtaine d'années. Le vol s'était déroulé dans des circonstances conjugales très particulières car le mari correcteur, étant quelque peu infidèle à sa femme, avait commis l'erreur grave de laisser les copies dans sa voiture. Pour se venger du mari, l'épouse avait subtilisé les copies. Alors, le Ministre de l'Éducation Nationale poursuivait en tant que propriétaire du papier, tandis que les candidats s'étaient constitués partie civile en tant que propriétaires du contenu intellectuel. On a débattu sur la recevabilité de l'action civile des candidats. La Cour d'appel a rejeté l'action du point de vue de la valeur matérielle de la copie, en faisant remarquer qu'une copie du baccalauréat n'était pas encore une œuvre littéraire destinée à passer à la postérité. Cependant, elle a retenu l'action civile d'une candidate qui avait fait une dépression suite à ce vol, par suite, elle a admis l'existence d'un préjudice en relation directe avec le vol. Alors, sans pour autant résoudre ce point, je vous signale ceci.

■ LA PROTECTION DE L'INFORMATION PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE ET PARASITAIRE

M^e Pierre VERON
Avocat au Barreau de Lyon

L'action en concurrence déloyale a pour objet de faire cesser les agissements déloyaux d'un agent économique et d'obtenir réparation du préjudice qu'ils ont causé.

A la différence de l'action en contrefaçon qui repose sur la violation d'un droit privatif — véritable droit de propriété opposable à tous — l'action en concurrence déloyale repose, selon une analyse désormais classique, sur la violation d'un devoir : celui d'exercer le commerce de manière loyale et conforme aux usages.

En effet — il est important de le rappeler en préambule — la libre concurrence est l'un des fondements de notre système économique.

Or, il est de l'essence de l'exercice de la concurrence de nuire à autrui.

Ce n'est que par l'utilisation de certains procédés que la concurrence devient déloyale.

Il faut donc différencier la concurrence de la concurrence déloyale.

Il existe des façons simples, voire simplistes, de les distinguer.

En général, la bonne concurrence est celle que l'on fait soi, et la concurrence déloyale est celle que font les autres !

Mais il faut trouver des critères plus objectifs.

Le champ d'investigations est très vaste car il n'a pas d'autres limites que celles de l'imagination humaine.

C'est pourquoi l'action en concurrence déloyale est une action à caractère disciplinaire qui n'est pas, comme telle, enfermée dans des cadres rigoureux et préétablis (à la différence de l'action publique en droit pénal).

Le droit de la concurrence déloyale s'est forgé de manière jurisprudentielle et doctrinale, au fil des décisions rendues par les tribunaux : c'est un droit largement casuistique et la doctrine a dû se résoudre à dresser un catalogue des cas de concurrence déloyale faute de pouvoir toujours dégager de l'analyse de décisions d'espèce contradictoires des principes généraux.

C'est ainsi qu'ont été mises en lumière les principales familles de cas de concurrence déloyale :

- le dénigrement
- la désorganisation
- l'imitation
- l'utilisation de certains procédés

Au plan théorique, il est admis que l'action en concurrence déloyale est une variété de l'action en

responsabilité civile des articles 1382 et 1383 du Code civil : elle prend ce nom lorsqu'il s'agit d'une faute commise par un opérateur économique au détriment d'un concurrent.

L'admission de l'action afin de prévenir un dommage non encore causé, ainsi que le caractère particulier du dommage dans le domaine concurrentiel — il est essentiellement de nature immatérielle et échappe le plus souvent à une évaluation scientifique — confèrent à l'action en concurrence déloyale un certain particularisme.

Ce particularisme a peut-être été exagéré dans le passé et il a contribué à créer un isolement quelque peu artificiel de l'action en concurrence déloyale.

Du coup, la doctrine a dû inventer la notion de « concurrence parasitaire » pour rendre compte d'agissements qui, bien que commis par des commerçants au préjudice d'autres commerçants, ne pouvaient être qualifiés d'actes de concurrence déloyale faute d'être commis au préjudice d'un « concurrent » au sens économique.

On utilise aujourd'hui l'expression, peut-être plus justifiée, de « parasitisme économique » pour qualifier l'attitude de celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui « en s'insérant dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans bourse délier, de ses efforts et de son savoir faire techniques ou commerciaux ».

Ce changement d'étiquette correspond, en doctrine, à une renaissance de la notion de responsabilité civile de droit commun : l'on redécouvre ainsi que les notions les plus classiques de faute et de préjudice permettent de réprimer les nouveaux comportements parasitaires.

Ainsi défini, le droit du parasitisme protège-t-il l'information créée ou obtenue par l'entreprise ?

La réponse est indéniablement positive.

Et l'on va voir que les tribunaux sont heureusement venus protéger l'information de l'entreprise par l'action en concurrence déloyale lorsque d'autres techniques juridiques avaient trouvé leurs limites.

L'information est ainsi protégée aussi bien en tant que moyen de production qu'en tant que produit même :

— en tant que moyen, lorsqu'il s'agit de :

l'information sur le marché,

l'information sur les méthodes de production,

l'information sur les méthodes de vente

— en tant que produit, lorsque l'information est en elle-même le produit de l'entreprise (nouvelles de presse, articles de journaux, banques de données).

L'analyse de ces différentes situations permet de montrer un mouvement vers la protection de l'information en tant que telle par l'action en concurrence déloyale.

- Le droit de la concurrence déloyale régit ainsi
 - certains *modes d'obtention* de l'information,
 - certaines *utilisations* de l'information,

soit parce qu'elles lèsent une entreprise, soit parce qu'elles profitent injustement à une entreprise (qui n'a ni créée ni obtenu l'information).

I. — L'OBTENTION FRAUDULEUSE DE L'INFORMATION EST, EN ELLE-MÊME, RÉPRÉHENSIBLE

On ne s'étendra pas — puisqu'elle vient d'être examinée — sur la protection que le droit pénal peut accorder à l'information.

Il suffit de rappeler que de nombreux délits pénaux répriment plus ou moins directement l'obtention frauduleuse de l'information (violation du secret professionnel ou d'un secret de fabrique, vol, escroquerie, abus de confiance, corruption).

Indépendamment des sanctions pénales prévues pour ces cas particuliers, le droit de la concurrence déloyale considère comme fautive l'obtention de l'information lorsqu'elle s'opère par des moyens frauduleux :

— le *débauchage* d'employés du concurrent est déloyal lorsqu'il s'accompagne de manœuvres, mais aussi lorsqu'il a pour but d'obtenir la connaissance d'informations détenues par l'employé.

L'analyse de la jurisprudence sur ce point est quelque peu déroutante car les décisions des Tribunaux sont fortement marquées par des circonstances de fait. En général, il existe tout un faisceau d'actes de concurrence déloyale commis à l'occasion ou en même temps que le débauchage. Pour prendre une image dans la garrigue proche, si un brin de lavande tout seul ne sent pas très fort, un champ de lavande tout entier sent très fort : il peut même donner mal à la tête. Ce phénomène justifie souvent une condamnation pour concurrence déloyale pour un ensemble de faits qui, pris isolément, n'auraient sans doute pas été sanctionnés.

— Le *détournement de clientèle ou de commandes* est encore un cas classique de concurrence déloyale : il peut résulter d'une appropriation irrégulière de l'information.

Il s'agira, par exemple, du cas du comportement indélicat d'un employé qui transmettrait à un concurrent des informations sur l'état des marchés : il peut être intéressant de savoir qu'une entreprise souhaite acquérir un certain matériel. Les fournisseurs de ce type de matériel sont intéressés par ces informations. Lorsqu'un employé indélicat la détournera en la communiquant à un concurrent, la concurrence déloyale sera caractérisée.

II. — L'UTILISATION DE L'INFORMATION EST PARFOIS RÉPRÉHENSIBLE

On constate ici une évolution jurisprudentielle remarquable : alors que les Tribunaux ont toujours condamné l'utilisation d'une information qui lèse une entreprise, ils condamnent de plus en plus souvent l'usage d'une information qui profite injustement à une entreprise qui ne l'a pas créée.

A. L'UTILISATION DE L'INFORMATION EST INTERDITE LORSQU'ELLE LÈSE UNE ENTREPRISE

L'utilisation de l'information peut léser une entreprise :

- soit parce qu'elle entraîne un préjudice direct pour cette entreprise,
- soit parce qu'elle entraîne une dévalorisation de l'information en question, que l'entreprise a créée ou obtenue.

1. L'utilisation de l'information peut entraîner un préjudice direct pour l'entreprise

— C'est le cas du *dénigrement* qui peut être réalisé par la diffusion d'informations inexacts sur l'entreprise concurrente. Il suffit de dévoiler à la presse que telle entreprise a des difficultés financières ou que telle entreprise veut abandonner tel marché, pour lui causer un grave préjudice. La diffusion de l'information entraîne, ici, un préjudice pour l'entreprise. Il peut aussi s'agir d'informations objectivement exactes, mais qui sont présentées de manière tendancieuse.

— C'est le cas de la *révélation de certaines informations* : l'utilisation d'informations peut également entraîner un préjudice pour l'entreprise lorsque sont dévoilées des informations exactes mais de nature confidentielle selon les usages loyaux du commerce. Par exemple, l'annonce d'une opération financière ou d'une prise de contrôle imminente est considérée généralement comme hautement confidentielle dans la vie des affaires et ne peut pas être divulguée sans faute. De même, le fait d'annoncer à la presse des poursuites judiciaires avant jugement, en particulier en matière de contrefaçon, est un cas classique de concurrence déloyale.

2. L'utilisation de l'information peut entraîner une dévalorisation de l'information

Beaucoup d'informations n'ont de valeur que parce qu'elles n'ont pas encore servi : à partir du moment où elles ont servi, elles n'en ont plus.

Pour paraphraser Pagnol « certaines informations sont comme les allumettes : elles ne servent qu'une fois ».

On peut dévaloriser une information :

— soit en la révélant avant l'heure (annonce de la sortie d'un nouveau modèle ou de l'abandon d'un ancien modèle)

— soit en l'utilisant à des fins non voulues par l'entreprise dont elle émane (utilisation à des fins publicitaires d'articles de presse, publicité comparative),

— soit en la supprimant (suppression de nom commercial ou de publicité).

Mais le mouvement jurisprudentiel est particulièrement riche dans la mesure où il ne sanctionne pas seulement l'usage de l'information lésant une entreprise : il sanctionne aussi le profit injustement retiré par une entreprise de l'information.

B. L'UTILISATION DE L'INFORMATION EST INTERDITE LORSQU'ELLE PROFITE INJUSTEMENT À UNE ENTREPRISE QUI NE L'A PAS CRÉÉE

L'utilisation de l'information créée ou obtenue par une entreprise est interdite par la jurisprudence :

- lorsqu'elle entraîne un risque de confusion,
- lorsqu'elle permet une économie injustifiée.

1. *L'utilisation de l'information est interdite lorsqu'elle entraîne un risque de confusion*

C'est, principalement et historiquement, en raison du risque de confusion que la jurisprudence condamne la copie servile sans nécessité technique du produit, des moyens de publicité, ou même de l'aspect extérieur des établissements d'un concurrent.

La Chambre Commerciale de la Cour de cassation a rendu depuis une dizaine d'années 16 arrêts abandonnant la position traditionnelle enseignée autrefois, selon laquelle « en l'absence de contrefaçon, notamment en l'absence de droit privatif, il n'est pas interdit de reproduire le produit ou le moyen de publicité d'autrui » (1).

La Cour de cassation a ainsi sanctionné des copies serviles de débroussailleuses, de plaques de propreté, de becs de tireuses, des pantalons jeans Mac Keen, de tuiles, de disques, de présentoirs, d'un âne distributeur de cigarettes, de montres Cartier, de lit à balustre, etc...

Il est désormais parfaitement admis que, même en l'absence de droit privatif, donc en l'absence de contrefaçon, *il n'est pas permis de reproduire le produit d'autrui lorsque ceci entraîne un risque de confusion et lorsque cette reproduction est faite sans nécessité technique.*

Cette notion dernière génère elle-même des discussions, par exemple sur la normalisation de certaines cotes dans les secteurs industriels.

2. *L'utilisation de l'information est interdite lorsqu'elle permet une économie injustifiée*

Plusieurs arrêts récents ont condamné des faits de copie servile parce qu'ils permettaient une économie injustifiée, indépendamment du risque de confusion.

La première affaire significative, est celle du dictionnaire provençal « Lou Pichot Trésor » : alors que les éditions Aubanel avaient édité un dictionnaire provençal tombé dans le domaine public, un autre éditeur l'avait à son tour édité en se bornant à le photocopier. La Cour de cassation a approuvé un arrêt de condamnation, non pas en raison du risque de confusion, mais uniquement de l'économie injustifiée réalisée par cet éditeur peu scrupuleux (2).

On retrouve cette même notion lorsqu'il y a utilisation du travail d'autrui par reprise de plan, de devis, d'études, notamment dans des rapports précontractuels ou contractuels, en particulier lorsqu'un sous-traitant exécute, pour son propre compte, des produits conformé-

ment au plan qui lui avait été confié par leur donneur d'ordre.

Deux décisions sont intervenues dans ces circonstances : l'affaire Jacotet contre Minerva (3) et l'affaire des chantiers Modernes contre Rausset (4).

Elles ont sanctionné ce genre de comportement, non pas en se fondant sur des rapports contractuels, mais sur des rapports quasi-délictuels bien distincts.

Le même raisonnement peut permettre d'aborder les problèmes plus nouveaux, comme celui des médicaments génériques.

Les fabricants de médicaments considèrent qu'il y a un acte de parasitisme injustifié à attendre l'expiration du brevet d'un médicament déterminé pour mettre le même produit sur le marché, en bénéficiant non seulement de la technique du brevet arrivé à son terme qui a été divulgué (mais c'est la règle du jeu), mais aussi en bénéficiant de tout l'investissement qu'à nécessité l'élaboration des dossiers d'autorisations diverses sur le marché.

Ces dossiers sont très coûteux à élaborer et le laboratoire qui met sur le marché un produit générique en bénéficie sans bourse délier.

L'action en concurrence déloyale peut être un moyen à confronter avec celui de la prolongation du brevet dans ces situations particulières où l'économie injustifiée peut être sanctionnée.

En attendant un régime spécifique, les tribunaux pourraient aussi condamner à ce titre le piratage des banques de données.

L'activité d'une personne qui copierait, sur son micro-ordinateur, toutes les décisions stockées dans une banque de données qui l'intéressent dans un domaine du droit particulier pour « les revendre » ensuite, est manifestement une activité de concurrence déloyale.

Ce qui est ici sanctionné c'est l'économie injustifiée, le fait d'avoir profité du travail d'autrui.

A contrario, l'admission dans les projets de loi sur les semi-conducteurs de la notion de « reverse engineering » — qui légitime la reproduction lorsqu'elle procède non pas d'une copie servile mais du démontage et du remontage d'une même structure remplissant les mêmes fonctionnalités — montre que ce qui est sanctionné ici n'est pas la reproduction de l'information en tant que telle mais le fait d'avoir court-circuité une phase d'investissement.

(1) (Arrêts des : 24 mai 1976, Bull. IV, n° 172, p. 146 — 14 juin 1976, Bull. IV, n° 199, p. 172 — 4 octobre 1977, Bull. IV, n° 217, p. 184 — 25 octobre 1977, Bull. IV, n° 245, p. 206 — 4 juillet 1978, Bull. IV, n° 188, p. 158 — 21 mai 1979, Bull. IV, n° 161, p. 129 — 7 novembre 1979, Bull. IV, n° 279, p. 22 — 6 mai 1981, Bull. IV, n° 211, p. 167 — 27 mai 1981, Bull. IV, n° 251, p. 198 — 19 janvier 1982, Bull. IV, n° 23, p. 17 — 15 juin 1983, Bull. IV, n° 174, p. 151 — 4 janvier 1984, Bull. IV, n° 8, p. 6 — 6 décembre 1984, Bull. IV n° 335, p. 272 — 3 juin 1986, Bull. IV, n° 110, p. 94 — 25 novembre 1986, Bull. IV, n° 218, p. 189 — 10 février 1987, Bull. IV, n° 35, p. 27).

(2) Cass. Com. 18 janvier 1982, Bull. IV, n° 19, p. 14.

(3) (Rouen, 13 janvier 1981, D 83, II, 54, note André Lucas).

(4) Cass. Com. 3 octobre 1978, D 80, II, 55, note Y. Schmidt.

M. MEHL : Le rapport de M. Véron qui était passionnant montre comme les autres rapports précédents que la notion d'information est centrale dans le système juridique. Cette notion se traduit tantôt par des obligations de faire, tantôt par des obligations de ne pas faire. On s'aperçoit qu'il existe par exemple, des cas où l'on est obligé de créer, d'enregistrer, de conserver de l'information, c'est le rôle de la comptabilité ; on est obligé de publier, de diffuser, d'informer les actionnaires, d'informer le fisc. C'est donc une obligation de publication, de publicité. En sens inverse, il existe toute une série d'interdictions telles que par exemple, tout d'abord l'interdiction de diffuser, c'est celle qui se rapporte au secret, aux garanties de cette nature, ce qui se rapporte à l'amnistie. Ensuite, il existe une interdiction d'utilisation de l'information quand on ne l'a pas soi-même créée, ce qui entraîne le jeu du droit de la concurrence déloyale en cas de non-respect.

M. GOUTAL : Je voudrais souligner à quel point le mécanisme de protection par la concurrence déloyale et les agissements parasitaires est un mode de protection qui me paraît approprié à la protection de l'information et ce, en raison, paradoxalement, de son caractère indéterminé. La difficulté que l'on avait trouvée en évoquant les autres modes de protection consiste avec le droit des brevets, avec le droit de la propriété littéraire et artistique, et avec le droit pénal, à essayer d'appliquer des régimes juridiques déterminés à une réalité que l'on est en train de découvrir mais dont on ne connaît pas encore la nature. Quand on lit les divers articles déjà parus sur l'ébauche d'un statut sur l'information, on trouve toute une série de définitions qui ne sont pas très éclairantes. On parle de messages, d'éléments de connaissance. Alors, quand on veut appliquer un régime qui est déjà très organisé à une réalité qui ne l'est pas encore, on rencontre des difficultés. En revanche, quand on égrène la jurisprudence relative aux agissements parasitaires, on a le sentiment que la faute qui va être reprochée à celui qui s'est procuré et a exploité d'une manière anormale l'information, c'est d'avoir agi contrairement à la morale en matière commerciale, en matière professionnelle. Reste seulement que la faute consistant à agir contrairement aux usages professionnels, ne peut être relevée que contre des professionnels.

M. LUCAS : Je vais intervenir sur ce sujet dans un sens différent pour ne pas dire opposé, pour tempérer l'enthousiasme que je sentais déjà poindre et, qui se confirme sur l'intérêt que présente la théorie de la concurrence parasitaire. Je parle bien de la théorie en tant qu'elle permet de sanctionner une copie servile ou pas, qui permet de réaliser une économie injustifiée. Je ne parle pas de la concurrence parasitaire en tant qu'elle se relie à la concurrence déloyale par confusion, qui est quelque chose de parfaitement banal.

Je voudrais simplement dire que cette théorie est trop ou pas assez. C'est trop, si on en fait un principe, selon lequel toute utilisation permettant de réaliser une économie constitue un parasitisme condamnable. Alors, tous les systèmes de droit privatif ne serviraient plus rigoureusement à rien. Car si vous posez un principe que tout emprunt à une création antérieure protégée ou pas constitue un acte de parasitisme condamnable, ce n'est pas la peine de conserver un système de brevet ou les autres systèmes. Certains ont dit : il faut sanctionner ce qui permet de court-circuiter l'investissement. Et c'est bien le but de la théorie. Mais quelle règle oblige celui qui veut emprunter au domaine public à refaire le même investissement pour découvrir ce qui a déjà été divulgué, rendu public et qui, normalement, est à sa disposition ? Alors, je comprends bien la logique, l'intérêt qui s'attache à cette théorie. Je comprends bien son avantage qui est d'être souple. Mais si on veut lui faire produire tous ses effets, on est obligé d'aller trop loin ou, si on ne veut pas aller trop loin, il faut dire qu'on avisera au coup par coup. Ainsi, on n'a plus aucune sécurité parce que l'on ne saura pas dans quel cas tel agissement est punissable, dans quel cas, il ne l'est pas.

M. REIDENBERG : Je voulais seulement faire une remarque sur cette notion de concurrence déloyale puisque c'est une notion qui est très importante aux États-Unis. Chez nous, nous avons un système juridique qui institue le secret comme option et qui est d'une inspiration analogue du droit de la concurrence déloyale français. Mais la différence avec notre système réside dans le fait que notre régime instaure une sorte de droit de propriété. C'est-à-dire que si l'information remplit les conditions de valeur commerciale, d'utilité... le titulaire de celle-ci à ce moment-là, a le droit d'interdire au tiers l'utilisation et l'accès à cette information. C'est, donc, quelque chose que nous considérons comme aussi important que le droit d'auteur pour protéger l'information et les formes du produit informationnel tel que le logiciel, les listes de marketing, ou d'autres encore.

■ L'INCITATION A LA CRÉATION DES EMPLOYÉS

Vincent COTTEREAU
Avocat du Barreau de Tours

La loi (I) met à la disposition des créateurs ou des investisseurs en R.D. une grande variété d'instruments. Le contrat (II) permet d'en améliorer l'utilisation, mais aussi d'en créer d'autres.

I. — INCITATION LÉGALE

La loi diversifie (A) les techniques d'incitation. Mais sa complexité comporte aussi quelques effets pervers que d'aucuns qualifieront volontiers de frein à la création.

A. DIVERSITÉ DES TECHNIQUES D'INCITATION

Le législateur est confronté à deux impératifs. Encourager le créateur employé dans sa recherche, contribuer à développer son esprit d'initiative. Mais il faut aussi garantir la sécurité et le développement de l'entreprise.

La loi doit contribuer à atteindre concomitamment deux objectifs : inciter l'employeur à faire créer et stimuler l'employé dans son œuvre créatrice.

1° Incitation de l'employeur

Le premier instrument dont dispose l'employeur n'est autre que le contrat de travail. Le législateur a institué à différentes reprises une présomption de contrat de travail pour les créateurs.

Tel est le cas pour les artistes du spectacle lorsque l'article L. 762-1 du Code du travail dispose : « Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure moyennant rémunération le concours d'un artiste du spectacle, en vue de sa production est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce ». Le mécanisme est repris pour les mannequins (1) et les journalistes (2).

(1) Article L. 763-1 du Code du travail : « Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure moyennant rémunération le concours d'un mannequin est présumé être un contrat de louage de service. »

(2) Article L. 761-2, alinéa 4 du Code du travail : « Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa du présent article est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties.

La jurisprudence est venue préciser que la qualité de journaliste ne peut être reconnue qu'aux personnes qui apportent une collaboration intellectuelle et permanente à une publication périodique en vue de l'information des lecteurs. Voir Cass. soc., 28 mai 1986 : J.C.P. 1986, éd. E, I, 15690, p. 320, n° 6, obs. B. Teyssié.

Il appartient à l'employeur de rédiger avec soin la clause du contrat relative à la nature de la fonction confiée s'il veut bénéficier de l'appropriation de la création.

Les articles 1 ter de la loi du 13 juillet 1978 régissant les inventions de salariés et l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985 relatif au logiciel illustrent le propos. Le premier est formel : « Les inventions faites par le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur ». Le second dispose que « 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 ».

La détermination de la mission conditionne l'appropriation de la création.

a) Détermination de la mission créatrice

En matière d'invention de salarié, l'employeur a le plus grand intérêt à définir clairement la mission inventive, qu'elle soit permanente ou occasionnelle, s'il veut bénéficier du régime applicable aux inventions de mission. L'imprécision l'expose à l'inapplicabilité de l'article 1 ter § 1 de la loi de 1978. La Commission nationale des inventions de salariés sanctionne au préjudice de l'employeur l'imprécision lorsque le contrat de travail ne renferme pas une mission inventive caractérisée (3). Dans une affaire 82-3, traitée le 10 janvier 1983, l'employé avait la qualité de chef du bureau des produits, responsable du positionnement de chaque produit et de la gamme de production. La commission relève : « Il y a lieu de remarquer que M... lors de son affectation dans un autre service en qualité de chef du bureau des produits au début de 1981 n'était pas investi d'une mission inventive à ce titre comme le fait ressortir la définition de ses fonctions reproduites ci-dessus » (4).

Il ne suffit pas qu'un employé ait une mission technique, qu'il joue un rôle d'ingénieur, ou que ses fonctions effectives correspondent à celles d'un homme de métier, qu'il possède des connaissances normales de la technique et en fasse même application pour qu'existe au sens de la loi une mission inventive ou de recherche (5).

Il faut aussi veiller à la bonne et stricte application du contrat. La mission inventive doit correspondre aux fonctions effectives assurées par l'employé dans l'entreprise, ce qui invite le rédacteur du contrat à éviter les attributions de missions trop larges. Il faut enfin que l'invention soit faite en exécution de la mission confiée (6). Ici la Commission des inventions de salariés tient à jouer un rôle modérateur contre les risques

(3) Affaire 81-4, traitée le 25 février 1982.

(4) Affaire 82-3, traitée le 10 janvier 1983.

(5) Affaire 83-3.

(6) Affaire 83-2.

d'abus et de détournements par les employés. Elle considère dans l'affaire 83-2 que « le chercheur permanent, à la différence du chercheur doté d'une mission occasionnelle, n'est pas ordinairement confiné à des missions qui lui sont explicitement confiées, mais peut prendre des initiatives de recherche sans pour autant soustraire leurs résultats au monde des inventions de mission » (7).

En matière de logiciel, la définition de la fonction revêt une importance *cruciale* compte tenu de l'imprécision de l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985 qui ne s'est pas inspiré des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1978 (8).

Outre le choix du terme fonction plutôt que celui de mission — le premier impliquant une permanence du créateur dans l'entreprise — toute la question est de savoir si l'expression « exercice de la fonction » doit être interprétée de manière restrictive ou extensive. La jurisprudence n'a pas encore tranché. Si l'on adopte une interprétation restrictive, il nous semble possible de faire échapper à l'article 45 tout logiciel créé par un salarié en dehors de son temps et de son lieu de travail, qu'il ait ou non un rapport avec sa fonction dans l'entreprise, dès l'instant où l'œuvre ne doit rien aux données et au matériel mis à la disposition de l'intéressé.

L'analyse devient plus délicate si l'apport intellectuel puise sa source dans le patrimoine informatique de l'employeur, et ce même si le salarié démontre que son œuvre a été réalisée pendant son temps de loisir, alors qu'il ne se trouvait plus lié par une quelconque relation de subordination. L'interprétation restrictive devient dangereuse en ce qu'elle incite les salariés à profiter des moyens techniques mis à leur disposition dans le cadre de l'exécution du contrat de travail pour ensuite détourner leur création du patrimoine de leur employeur et s'en réserver la propriété exclusive.

On mesure ici tout l'intérêt pour l'employeur d'une définition large, à l'inverse pour l'employé d'une définition restrictive de l'expression *exercice de la fonction*. D'où l'intérêt pour l'employeur de préciser la mission ou la fonction créatrice confiée à l'employé. Le régime de l'appropriation de la création en dépendra bien souvent.

b) Appropriation de la création

Le législateur marque ici sa volonté très nette de privilégier l'employeur pour l'inciter à faire créer.

Les inventions de mission qui regroupent la majorité des inventions sont réputées appartenir à l'employeur. Il en est de même du logiciel d'employé créé dans l'exercice des fonctions. L'employé se trouve par le fait de l'existence d'un contrat de travail dépossédé du résultat de son intelligence, de sa réflexion, du bénéfice de son imagination créatrice. Seul l'employeur est alors en mesure d'exploiter, de divulguer, de négocier la création.

Sous l'empire de la loi de 1957, le problème se pose de savoir si le contrat de travail entraîne la cession automatique à l'employeur du droit patrimonial parfois qualifié de matériel ou de pécuniaire. Le Professeur

Plaisant répond par l'affirmative (9) mais ne semble pas rassembler beaucoup d'adeptes (10).

Le droit patrimonial revêt certes un caractère moins prééminent que le droit moral, mais il comprend cependant le droit de reproduction (11), le droit de représentation (12), et le droit de suite (13). L'auteur salarié d'une œuvre musicale, picturale, littéraire se trouve-t-il dépossédé de la valeur économique de sa création au profit de celui qui l'emploie ? Tel pourrait être le résultat logique des effets d'un contrat de travail qui implique que la prestation de travail profite d'abord à l'employeur. Tel n'est certainement pas la signification de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi de 1957, venu expressément préciser que la conclusion d'un contrat de louage de services « n'emporte aucune dérogation à la jouissance » des droits de l'auteur.

A l'inverse, le législateur pousse le privilège de l'employeur jusqu'à lui permettre de se faire attribuer ce qu'il n'a pas ordonné de faire, ce qui sort de la mission confiée, ce qui ne relève pas du travail commandé. Tel est le cas pour l'invention hors mission attribuable dès l'instant où elle est réalisée par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise ou de données procurées par elle. Il suffit seulement de payer à l'employé le juste prix.

2^o Incitation de l'employé

L'employé n'aliène pas tous ses droits sur sa création. Il obtient surtout avec le contrat de travail une sécurité et une rentabilité financière que l'exploitation indépendante de son imagination ne lui garantirait pas.

a) Droits conservés

En matière d'invention, le législateur préserve « au seul salarié le bénéfice des inventions hors mission non attribuables », regroupant les inventions qui ne rentrent ni dans la catégorie des inventions de mission, ni dans celles des inventions hors mission attribuables. L'employé est alors seul maître d'exploiter, de divulguer, de breveter son invention sans que l'employeur dispose du moindre droit de regard à défaut de droit de préférence.

La loi institue aussi le dialogue entre l'employeur et l'employé sur la classification d'une invention. L'enjeu est loin d'être négligeable puisque du classement dépend l'appropriation automatique ou non de l'invention à l'employeur. Or l'initiative du classement revient, au terme de l'article 1^{er} du décret du 4 septembre 1979, au salarié. Ce n'est qu'à défaut d'offre de classement par le salarié que l'employeur est invité dans un délai de deux mois à lui notifier de manière motivée le classement qu'il retient (14).

Le dialogue s'accompagne de garanties. Outre les informations que salarié et employeur sont tenus de s'échanger pour permettre à chacun d'apprécier en connaissance de cause le bien-fondé du classement, ils sont tenus de s'abstenir de « toute divulgation de nature à compromettre en tout ou en partie l'exercice des

(7) J.-M. Mousseron, *Colloque de l'I.R.P.I.*, 16 mars 1984, la Commission nationale des inventions des salariés, p. 70.

(8) C. Le Stanc a exprimé sa crainte d'une interprétation littérale et conseille la prudence dans l'interprétation à donner de l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985, *Journée d'information le 29 janvier 1987*, Syntec informatique, *Lamy Droit de l'Informatique 1987*, supplément à mise à jour B, p. 16.

(9) R. Plaisant, *J.C.P. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 306, n° 6.

(10) V. Gautreau, *Un principe contesté, le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire*, *Rev. int. dr. auteur* 1975, LXXXIV, 129.

(11) Article 28, Loi de 1957.

(12) Article 27, Loi de 1957.

(13) Article 42, Loi de 1957.

(14) Décret du 4 septembre 1979, art. 6, alinéa 1^{er}.

droits ». Leur accord doit être à peine de nullité consacré par un écrit.

Enfin l'équilibre n'est pas rompu en cas de désaccord. L'employé peut poursuivre la discussion soit devant la Commission nationale des inventions de salariés, soit devant le tribunal de grande instance.

En matière de droits d'auteur, le contrat de travail n'entraîne pas la cession à l'employeur du droit moral dont M. Colombet, après avoir relevé l'imprécision, relève la liste des attributs. « L'article 6 énonce seulement que l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ; il faut attendre l'article 19 pour voir évoquer le droit de divulgation et l'article 32 pour voir apparaître un autre attribut du droit moral, le droit de repentir ou de retrait » (15).

L'article 1^{er} alinéa 2 de la loi de 1957 permet au salarié de jouir de son droit moral sur son œuvre, droit qui n'est autre qu'un ensemble d'attributs destinés à protéger la marque de la personnalité de son auteur.

En matière de logiciel, si l'on impartit à l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985 le domaine des prérogatives patrimoniales, et à l'article 46 celui des prérogatives morales (16), l'employé perd son droit de repentir et vraisemblablement son droit au respect de son œuvre. En revanche, il devrait conserver son droit de divulgation et son droit à la paternité.

Le premier constitue une arme considérable. Imaginons qu'un salarié refuse au dernier moment de remettre à l'employeur le programme d'ordinateur qu'il a été chargé de réaliser. La situation est peut-être choquante mais elle n'en est pas moins fort plausible et de nature à entraîner des actes de concurrence difficilement parables, si ce n'est au moyen de sacrifices financiers substantiels.

b) Incitation financière

La forte rémunération du créateur est une technique simple de stimulation. Certains salaires de publicitaires, de dessinateurs de mode, de spécialistes du design atteignent les sommets. La concurrence est telle que la forte rémunération est la seule arme que peut utiliser l'employeur pour attirer à lui des créateurs de talent, puis ensuite les conserver. Le phénomène est identique dans le domaine de l'informatique.

En matière d'invention, la situation est plus délicate. Le salaire, contrepartie de la prestation de travail, n'est pas la seule technique de rémunération. Encore faut-il distinguer entre invention de mission et invention hors mission attribuable. Pour la première, le salaire de l'inventeur constitue en principe sa seule rémunération. Le législateur a toutefois prévu la possibilité de faire bénéficier le salarié d'une rémunération supplémentaire, soit par la convention collective, l'accord d'entreprise ou le contrat de travail (17). La rémunération peut prendre la forme d'une prime, d'un système d'intéressement, d'une gratification forfaitaire (18).

La Commission nationale des inventions de salariés a été amenée à fixer la rémunération supplémentaire d'un inventeur, auteur d'inventions de mission, à hauteur de 200 000 F en vertu d'un règlement propre à l'entreprise établi sous forme de circulaires internes particulières. Mais la commission s'est bien gardée de préciser sa méthode de calcul lui ayant permis d'aboutir à son

évaluation (19). Il n'en demeure pas moins que le système français de rémunération des inventions de mission s'avère moins favorable à l'employé que le système allemand où l'employeur est tenu de verser une compensation à l'inventeur, constituée d'une part équitable du profit qu'il retire de l'acquisition du droit de propriété industrielle.

La technique la plus originale est probablement celle du juste prix dû au salarié en cas d'exercice par l'employeur du droit d'attribution d'une invention hors mission attribuable.

La fixation de ce juste prix au jour de l'exercice du droit d'attribution n'est pas chose aisée. Elle dépend de l'appréciation de la valeur de l'invention en fonction de son utilité industrielle et commerciale, des apports initiaux de l'employeur et de l'employé. Le Professeur Mousseron souligne que « le juste prix... n'est pas un simple prix juste, car il n'est pas un prix de cession mais doit notamment tenir compte des apports réalisés par l'employeur » (20). La réalisation de ce juste prix, ordinairement financière, peut s'exprimer sous une forme forfaitaire ou proportionnelle, voire, ce qui est encore plus original, moyennant remise d'actions, parts sociales, ou encore promotions internes.

La Commission nationale des inventions de salariés s'efforce de « faciliter le rapprochement des parties chaque fois que celles-ci ont d'elles-mêmes contribué à la recherche d'une solution. En revanche, lorsque les positions des parties sont restées opposées, la détermination qu'elle a cru devoir faire du juste prix n'a pas permis dans la plupart des cas de rallier leurs suffrages » (21).

L'instruction administrative du 11 septembre 1980 institue un frein regrettable à l'octroi du juste prix en soumettant son régime fiscal à l'impôt au titre des bénéfices non commerciaux, soit au taux des plus-values à long terme lorsque les produits entrent dans les prévisions de l'article 33 terdecies du Code général des impôts, soit dans le cas contraire dans les conditions de droit commun (22).

Rien n'interdit toutefois aux parties de détourner la rigueur fiscale en convenant d'un faible juste prix compensé par une augmentation de salaire substantielle. Autrement dit, quand la loi devient trop complexe, il est toujours possible de la détourner.

B. COMPLEXITÉ DES TECHNIQUES D'INCITATION

L'absence de statut de la création d'employé contribue en grande partie à diversifier les techniques d'incitation. Il faut y ajouter la complexité du droit applicable à certaines créations et la complication des règles du contentieux pour connaître la limite du caractère incitatif de la loi sur les créations d'employés.

1^o Complexité du droit applicable

Il n'est pas ici question de dresser l'inventaire de toutes les zones d'ombre ou d'incertitudes lorsqu'il

(15) C. Colombet, *La propriété littéraire et artistique*, Précis Dalloz, éd. 1986, p. 153.

(16) M. Vivant, *Le logiciel aux pays des merveilles*, J.C.P. 1985, I, n° 3208.

(17) Article 1^{er} ter alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1978.

(18) Voir convention collective du bâtiment et des travaux publics.

(19) Affaire 80-3. Colloque de l'I.R.P.I., La Commission nationale des inventions de salariés. p. 132.

(20) J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, C.E.I.P.I., Lib. Tech., p. 537.

(21) Ph. Guilguet, *Les incidences financières*, Colloque de l'I.R.P.I., 16 mars 1984, p. 85.

(22) Instr. Adm. 1^{er} septembre 1980, S.G. 16-80, feuillets rapides F. Lefebvre, 1980, Fr. 39/80, Doc. B.N.C. III, 8060 ; M.P.F., § 2843, sur les aspects fiscaux des inventions des salariés, V. Suli, XI^e journée, Act. dr. entre. citée, note 58, pp. 167 et s. Voir aussi Lamy Fiscal, 1987, n° 3225.

s'agit pour le juriste de déterminer le régime juridique applicable à telle ou telle création, mais de souligner seulement que la première des techniques incitatives passe par une législation sécurisante. Or les situations se multiplient où le créateur, comme son employeur, doivent d'abord rechercher la loi applicable à la création.

Le premier exemple est donné par l'inventeur employé de nationalité française qui travaille sur le territoire de *plusieurs États européens*. L'article 60 § 1 de la Convention de Munich apporte un élément de réponse : « Si l'inventeur est un employé, le droit au brevet européen est défini selon le droit de l'État sur le territoire duquel l'employé exerce son activité principale. Si l'État sur le territoire duquel l'employé exerce l'activité principale ne peut être déterminé, le droit applicable est celui de l'État sur le territoire duquel se trouve l'établissement auquel l'employé est attaché ».

Si l'activité principale de l'employé peut être localisée en Allemagne, le droit au brevet européen s'exercera selon le droit allemand. Si en revanche l'employé français n'a pas de lieu d'activité principale stable, mais se trouve en situation de long détachement attaché à une filiale italienne, le droit applicable sera alors de droit italien, même si à l'origine l'employé a été embauché par une société mère française. Encore faut-il prendre soin de rappeler que la règle matérielle de la Convention de Munich fait de l'habilitation du demandeur une condition de validité de la demande européenne. C'est en réalité la règle applicable à la désignation du demandeur européen de brevet couvrant une invention de salarié qu'édicté l'article 60 § 1^{er}.

Le Professeur Mousseron relève que « dans la grande majorité des cas, il y aura coïncidence entre la loi du territoire d'exercice de l'activité professionnelle et la loi régissant le contrat de travail. Dans certains cas toutefois, il y aura une discordance *génératrice* de conflits de lois que tranchera le choix de la technique de réservation ou plus simplement de la voie nationale ou européenne d'obtention du brevet. Ainsi, dans le cas d'une invention faite par un salarié de droit français travaillant en Allemagne, le choix de la voie nationale conduira à appliquer la loi française pour les inventions d'employés, alors que le choix de la voie européenne conduira à appliquer la loi allemande correspondante » (23).

Il y a fort à craindre qu'à défaut d'être initié au droit européen des brevets, le créateur rencontre quelque difficulté pour connaître véritablement ses droits en la matière. La complexité du droit altère presque par nature ses effets incitatifs.

Un second exemple de situation complexe est donné par l'œuvre collective en matière de logiciel. L'article 9, alinéa 3 de la loi de 1957 définit l'œuvre collective comme celle qui « est créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édicté, 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 ». La définition est à l'évidence loin d'être claire. Elle est « même énigmatique » et selon M. Colombet, d'une complexité telle que son domaine d'application ne paraît guère pouvoir être étendu » (24).

Le logiciel était bien étranger aux préoccupations des rédacteurs de l'article 9 de la loi de 1957. Or l'élaboration d'un programme d'ordinateur est bien souvent le fruit d'un travail collectif, pour ne pas dire communautaire.

La concertation entre ceux qui commandent et ceux qui réalisent est constante. Il n'est question nulle part de l'œuvre collective dans la loi de 1985 à l'exception peut-être d'une allusion dans l'article 45 qui évoque le logiciel créé par un ou plusieurs employés. Si l'on se réfère à la décision du tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire de la société System Assist, le logiciel créé par plusieurs salariés n'est autre qu'une œuvre collective qui ne peut qu'être divulguée par et au nom de la société personne morale (25).

Il suffit alors de se souvenir qu'au terme de l'article 13 de la loi de 1957, l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée et que cette personne est investie des droits de l'auteur. Les salariés ou employés qui participent à une œuvre collective perdent les droits de *divulgarion* et à la *paternité* qu'ils conservent en présence d'une œuvre individuelle.

La situation se complique encore en présence d'un employé chargé d'élaborer la programmation à partir d'une analyse organique qui aura été sous-traitée par son employeur à une entreprise extérieure. L'ensemble de l'œuvre constitue-t-elle une œuvre collective ou l'employé conserve-t-il ses droits de divulgation et à la paternité sur la partie programmation qu'il a exécutée ? Trancher dans le vif serait bien imprudent.

Un arrêt récent de la Cour de cassation rendu à l'occasion de la contrefaçon d'un modèle de canapé restreint à l'évidence le domaine de l'œuvre collective. Deux salariés de la société Cinna avaient dessiné un modèle de canapé *mis au point* ensuite par un prototype ébéniste et prototypiste tapissier. La société Cinna s'estimant propriétaire d'une œuvre collective a alors obtenu la condamnation de la société Steiner devant le Tribunal de grande instance, puis devant la Cour d'appel de Paris, pour contrefaçon de son modèle de canapé. La Cour d'appel avait clairement souligné pour retenir l'œuvre collective l'indissociabilité de la participation des dessinateurs salariés à la contribution des deux prototypistes, ce que l'un des deux dessinateurs avait de surcroît expressément reconnu dans une attestation, sans doute habilement sollicitée par son employeur.

Accueillant favorablement le pourvoi de la société Steiner, la Cour de cassation pose ses exigences quant à l'existence d'une œuvre collective : « Attendu que contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel après avoir ainsi déterminé les parts respectives de création des différentes personnes physiques ayant concouru à l'élaboration de l'œuvre, il ne résulte pas des énonciations ci-dessus de l'arrêt que chacune de ces personnes ne pouvait pas se prévaloir de droits indivis sur l'ensemble de cette œuvre ; qu'en conséquence, en déclarant qu'il s'agissait d'une œuvre collective et que la société Cinna était dont investie à titre originaire des droits de l'auteur sur cette œuvre, alors pour le surplus qu'aucune des attestations produites, pas plus que l'inaction de ceux qui les avaient délivrées, ni le fait que les frais exposés par le bureau d'études avaient été facturés à la société, ne pouvaient apporter de réponse à la question posée, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (26).

L'arrêt a le mérite d'annoncer ce qui ne suffit pas à constituer l'œuvre collective. Il a en revanche le regrettable défaut de ne pas atténuer le flou de la loi en ne tentant pas une réelle définition. L'incertitude du droit va à l'encontre d'une politique incitative. Malheureusement

(23) J.-M. Mousseron, *Traité des brevets, C.E.I.P.I., Lib. Tech.*, 1984, p. 548 ; Voir aussi, P. Mathély, *Le droit européen*, p. 159.

(24) C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, p. 131, § 117.

(25) T.G.I. Paris, 3^e Ch., 27 juin 1984, *Gaz. Pal.*, 23 janvier 1985, I.R., p. 40.

(26) Cass. com. 7 avril 1987, arrêt n° 472 P, S.A. Steiner c/ S.A. Cinna, inédit.

l'insécurité grandit encore lorsqu'on aborde la complexité des règles contentieuses.

2° Complexité du contentieux

Droit d'auteur, droit des inventions des salariés, droit des logiciels d'employé, relèvent de règles contentieuses différentes lorsqu'un conflit éclate entre l'employeur et son employé. Le constat est d'autant plus regrettable que plus la loi est imprécise et plus les situations juridiques sont complexes, plus le risque de conflit augmente.

Il n'est pas question de pénétrer ici dans le labyrinthe des règles de procédure mais de souligner seulement l'effet pervers de l'éclatement du contentieux de la création d'employé.

Si le litige porte uniquement sur la revendication de l'exercice d'un des attributs du droit d'auteur et sur l'application de la loi du 11 mars 1957, le procès est porté devant le tribunal de grande instance.

Si le conflit naît à l'occasion d'une invention de salarié, le choix est ouvert entre la saisine des tribunaux de grande instance, puis des cours d'appel limitativement compétentes (27) ou le recours à une formule de rapprochement inspiré de l'expérience allemande (28), qui conduit les parties devant la Commission nationale des inventions de salariés. L'option pour la première solution est irréversible et l'on constate que « bon nombre de litiges portés devant les tribunaux concernent des relations entre anciens employeur et employé » (29).

En revanche, lorsque la relation d'emploi est maintenue, la seconde solution favorisant par nature le rapprochement est de loin préférée. Elle offre de surcroît l'avantage de ne rien compromettre puisqu'à défaut d'adhésion des partenaires à l'arbitrage proposé, ceux-ci pourront poursuivre les hostilités devant le tribunal de grande instance devenu seul compétent pour trancher le différend. Il n'en demeure pas moins que la fréquentation de la commission nationale nécessite un sérieux apprentissage des règles de procédure, en particulier celles relatives au délai.

L'hétérogénéité se poursuit avec le contentieux relatif au logiciel d'employé. L'alinéa 2 de l'article 45 de la loi du 3 juillet 1985 ne simplifie pas les choses en disposant que « toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur ». Ce texte porte le germe d'un risque de conflit de juridiction entre les juridictions prud'homales, par nature compétentes pour connaître en application de l'article L. 511-1 du Code du travail, de tous les litiges nés entre employeurs et salariés à l'occasion du contrat de travail et le tribunal de grande instance.

Le litige relatif à la reproduction par un employé d'un logiciel original est bien né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, ce qui relève normalement de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes, juridiction d'exception en vertu d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public. Mais le litige portera de manière aussi certaine sur l'application de l'article 45 et relèvera, à ce titre, de la compétence du tribunal de grande instance.

(27) Article 68, § 1, alinéa 1^{er}, loi du 13 juillet 1978.

(28) L'Office arbitral allemand institué auprès du Patentamt peut seulement faire des propositions de conciliation qui, à défaut d'opposition dans le mois, seront réputées acceptées par les deux parties. Voir G. Bouet, *La protection des inventions des salariés et son application par la C.N.I.S.*, Mélanges R. Roblot, L.G.D.J., 1984.

(29) J.-M. Mousseron, ouvrage précité, p. 1015, § 1054.

Quid en revanche si le différend est circonscrit à l'exercice par le salarié du droit de divulguer son œuvre ? S'agissant d'un attribut du droit moral, il relève selon nous de l'article 46. A ce titre, il sort du domaine de compétence attribué au tribunal de grande instance qui est limité aux seules contestations portant sur l'article 45. Seul le Conseil des prud'hommes devait donc se déclarer compétent.

Les subtilités procédurales deviennent difficilement intelligibles pour l'employé qui se trouve confronté à l'insécurité juridique et à un ensemble de règles contentieuses parfois irrationnelles. Pourquoi ne pas concevoir l'organisation d'un contentieux uniforme des créations d'employés avec des règles spécifiques laissant une large place au préalable à la conciliation ?

La proposition a pour finalité d'élaborer des règles simples destinées à sécuriser le justiciable et à lui faciliter le recours à l'arbitre, ce qui à certains égards permet de compenser l'incertitude qui naît de la complexité de la loi. Une telle garantie prend rang parmi la panoplie des règles incitatives. Il est vrai toutefois que mieux vaut s'épargner les conflits. Les formules contractuelles ont souvent pour vertu de le permettre.

II. — L'INCITATION CONTRACTUELLE

De nombreuses créations d'employé échappent à une réglementation spécifique. Les lois du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, du 31 décembre 1964 sur les marques, sont muettes sur les créations d'employé. Le seul mécanisme légal de protection envisageable dans ce domaine réside pour l'employé dans la loi du 11 mars 1957.

La convention collective, l'accord d'entreprise, le contrat de travail, permettent d'aménager, d'améliorer le dispositif légal, voire d'y suppléer, en principe dans un sens toujours favorable au salarié. Il est également possible d'organiser sur le plan contractuel des règles dites de bonne conduite que le salarié sera tenu de respecter. Négociation et dissuasion constituent deux politiques d'incitation qui peuvent harmonieusement se compléter.

A. INCITATION NÉGOCIÉE

La négociation peut porter sur les droits comme sur la rémunération du créateur.

1° Négociation quant aux droits du créateur

Le dessinateur, le photographe, le modéliste, l'informaticien, le chimiste, le biologiste, ont intérêt à négocier au moment de la conclusion de leur contrat de travail leurs droits sur leur création.

Le créateur soumis au seul régime de la loi sur la propriété littéraire et artistique peut avoir intérêt à organiser contractuellement la conservation de ses droits patrimoniaux. Le prix d'une collaboration salariale en particulier lorsqu'elle est à durée déterminée peut passer par la préservation scrupuleuse et incontestable par le salarié de son droit de reproduction ou de représentation.

L'employeur n'est ici qu'un bénéficiaire occasionnel mais non exclusif de la création de son employé. Les techniques contractuelles permettent d'éviter tout risque de conflits postérieurement à la cessation du contrat.

En matière de logiciel, la voie de la dérogation conventionnelle est largement ouverte. Les articles 45

et 46 de la loi de 1985 ont même un dénominateur commun : celui de commencer par envisager la dérogation au principe qu'ils édictent : « sauf stipulation contraire... ».

L'avenir des rédacteurs spécialisés dans les contrats d'informatique puise une mine d'or avec ces deux dispositions. La loi de 1985 ouvre la voie de tout et de son contraire. L'informaticien averti peut subordonner sa venue dans l'entreprise à la sauvegarde de certaines prérogatives pécuniaires en exigeant par exemple une participation sur la reproduction. Rien n'interdit d'envisager qu'un employé occasionnel exige de conserver son droit de repentir ou son droit de retrait. C'est ici « tout l'équilibre de la loi de 1985 qui peut basculer par la seule et unique volonté contractuelle de ses destinataires » (30). L'équilibre du contrat réside quant à lui dans le rapport de forces existant entre le créateur et son employeur. Les exigences du premier ne se réduisent pas forcément à un simple problème de rémunération.

2° Négociation de la rémunération

Toutes les solutions sont envisageables à condition de ne pas déroger à la loi dans un sens défavorable. Certaines conventions collectives prévoient que toutes les inventions ayant un rapport avec les activités de l'entreprise appartiennent à cette dernière, mais que l'exploitation d'un brevet donne droit à une gratification en rapport avec la valeur de l'invention. Tel est le cas avec l'article 48 de la convention collective de la chimie qui stipule :

« Lorsqu'un employeur confie à un salarié une mission inventive correspondant à ses fonctions effectives, ou des études ou des recherches, à titre permanent ou occasionnel, exclusif ou non exclusif, les inventions dont le salarié serait l'auteur dans l'exécution de cette mission, de ces études ou de ces recherches sont la propriété de l'employeur conformément au paragraphe 1^{er} ter de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 modifiée.

L'auteur de l'invention est mentionné comme tel dans le brevet sauf s'il s'y oppose.

La rétribution du salarié tient compte de cette mission, de ces études ou de ces recherches et rémunère forfaitairement les résultats de son travail. Toutefois si une invention dont il est l'auteur dans le cadre de cette tâche présente pour l'entreprise un intérêt exceptionnel, il se verra attribuer, après la délivrance du brevet, une rémunération supplémentaire pouvant prendre la forme d'une prime globale versée en une ou plusieurs fois... » (31).

(30) V. Cottureau, *Le logiciel d'employé, Semaine sociale Lamy, Supplément au n° 343*.

(31) L'article 48 de la convention collective de la chimie est intégré dans les clauses générales alors que jusqu'en 1984 les dispositions concernant les inventions des salariés étaient rangées dans la seule annexe cadres.

L'article 26 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie prévoit un système analogue à celui de l'article 48 de la convention collective de la chimie, et ce au terme d'une rédaction identique.

L'article 63 de la convention nationale des ingénieurs assimilés cadres du bâtiment et des travaux publics stipule quant à lui : « Si dans un délai de cinq ans consécutif à la prise du brevet, celui-ci a donné lieu à une exploitation commerciale, l'I.A.C. dont le nom est mentionné sur le brevet a droit à une gratification en rapport avec la valeur de l'invention et ceci même dans le cas où l'I.A.C. serait à la retraite ou ne serait plus au service de l'entreprise.

Cette disposition s'applique également à tout procédé breveté nouveau de fabrication à laquelle il s'applique.

Le montant de cette gratification sera établi forfaitairement en tenant compte du cadre général de recherche dans lequel s'est placée l'invention, des difficultés de la mise au point pratique, de la contribution personnelle originale de l'intéressé

L'application d'une telle clause dépend en grande partie de la volonté de l'employeur et de sa conception de l'intérêt exceptionnel de l'entreprise. La rémunération supplémentaire est subordonnée ici pour le salarié à un aléa : celui de voir son employeur jouer ou non le jeu. Il serait trop facile de se retrancher systématiquement derrière l'absence d'intérêt exceptionnel pour stopper les effets incitatifs du système conventionnellement mis en place, et anéantir les espoirs légitimes des salariés.

La Commission nationale des inventions de salariés a tenu à fixer les limites de certaines dérogations conventionnelles. Confrontée à la situation d'un inventeur salarié ayant opté pour la simple gratification prévue à la convention collective, alors qu'il était l'auteur d'une invention hors mission attribuable, la commission a écarté l'option. Le choix du salarié était judicieux compte tenu du règlement judiciaire de son employeur. La gratification revendiquée rentrait dans la catégorie des créances privilégiées alors que le juste prix n'y rentrait pas. La commission a fait fi de l'argument et a estimé que le caractère plus favorable des textes à comparer devait être apprécié eu égard à l'intérêt général des salariés d'une collectivité et non pas à l'intérêt particulier de l'un d'entre eux à un moment donné (32).

Sous réserve du respect de ce principe, tous les systèmes de rémunération supplémentaire peuvent être mis en place. Rien n'interdit d'accorder contractuellement à un auteur salarié une rémunération sous la forme de la participation proportionnelle prévue par l'article 35 de la loi du 11 mars 1957, alors qu'à défaut de stipulation contractuelle expresse, il ne peut légalement y prétendre (33). Rien n'interdit non plus de prévoir, comme le fait I.B.M., un système d'incitation à la création en dehors de toute contrainte hiérarchique par la remise d'une gratification spéciale. Chaque employé d'I.B.M. « prend ainsi note que pour les inventions, idées, programmes, ou autres travaux résultant de recherches pour lesquelles son employeur ne lui aurait donné aucun ordre mais sur lesquels il lui demanderait de reconnaître la propriété d'I.B.M., une gratification spéciale sera versée ».

La négociation ne peut que profiter à l'employé. Autant dire que l'employeur doit veiller s'il consent des avantages dérogatoires à rentabiliser son investissement. Il dispose pour ce faire d'un arsenal de règles contraignantes destinées à dissuader pour mieux inciter l'employé à rester au service de l'entreprise.

B. — INCITATION FORCÉE

L'obligation de fidélité et de loyauté est inhérente au contrat de travail. De nombreuses conventions collectives en précisent opportunément les contours par l'insertion de clause de secret professionnel, de non-divulgaration, de confidentialité, de non-concurrence.

A titre d'exemple, l'article 28 de la convention collective de la métallurgie stipule : « Une collaboration loyale implique évidemment l'obligation de ne pas faire bénéficier une maison concurrente de renseignements provenant de l'entreprise employeur.

dans l'individualisation de l'invention elle-même et de l'intérêt commercial de celle-ci. L'intéressé sera tenu informé de ces différents éléments ».

(32) Affaire 82-5 reproduite à l'annexe III du Colloque de l'I.R.P.I. du 16 mars 1984, la Commission nationale des inventions de salariés, Litec 1984, pp. 151-152-153-154.

(33) T.G.I. Paris 29 juin 1971, Revue int. dr. auteur, L. XXI, 133. R. Plaisant, *Juris-cl. propr. littéraire et artistique*, fasc. 305, p. 6.

Par extension, un employeur garde la faculté de prévoir qu'un ingénieur ou cadre qui le quitte, volontairement ou non, ne puisse apporter à une maison concurrente les connaissances qu'il a acquises chez lui et cela en lui interdisant de se placer dans une maison concurrente.

L'interdiction de concurrence doit faire l'objet d'une clause dans la lettre d'engagement ou d'un accord écrit entre les parties ».

La société I.B.M. édicte des règles de conduite dans les affaires en forme de guide que tout salarié, et a fortiori les créateurs, doit scrupuleusement respecter.

On y trouve aussi bien des simples recommandations, ou mises en garde, que le rappel de règles impératives.

Il est ainsi rappelé à tout collaborateur d'I.B.M. :

1. Qu'un très grand nombre d'informations appartenant à l'entreprise sont confidentielles.
2. Qu'il convient de se méfier des divulgations par inadvertance, et des conversations « fussent-elles mondaines » extérieures à la compagnie.
3. Qu'il vaut mieux s'abstenir de répondre aux questions de personnes extérieures à la compagnie sauf à être certain d'être autorisé à le faire.
4. Que les informations confidentielles d'I.B.M. ne doivent être utilisées que pour les seuls besoins d'I.B.M.
5. Que sont conférés à I.B.M. les droits concernant toutes idées ou inventions susceptibles d'être développées si elles entrent dans la sphère d'activité de la compagnie ou qu'elles soient nées pendant ou en dehors des heures de travail, en France ou à l'étranger.
6. Qu'en cas de départ d'I.B.M. l'obligation de non-divulgaration subsiste.
7. Qu'en cas de manquement les sanctions disciplinaires, voire les poursuites judiciaires, seront appli-

quées sans rémission (à titre d'exemple I.B.M. rappelle que d'anciens collaborateurs ont déjà fait l'objet de poursuites pénales pour vol d'informations).

Les précautions ne s'arrêtent pas à l'énonciation de simples règles de bonne conduite. I.B.M. fait signer un engagement unilatéral de l'employé à l'embauche et au moment du départ de la Compagnie, *relatif aux informations confidentielles*, aux inventions et aux droits d'auteur, qui commence ainsi : « Je m'engage à ne divulguer ni communiquer à quiconque en dehors d'I.B.M., ni utiliser autrement que pour les affaires d'I.B.M., aucune information confidentielle d'I.B.M., et notamment sans que cette liste soit limitative, aucune information, connaissance ou documentation qu'I.B.M. a désignée comme la sienne propre et/ou qui est relative aux affaires, méthodes de fabrication, procédés techniques, produits, engineering, programmes ou recherches d'I.B.M., à moins d'en avoir reçu l'autorisation écrite de mon employeur. Cet engagement demeure valable après la cessation de mon emploi. »

Nul doute que la solennité de tels engagements dissuade les créateurs d'I.B.M. de transgresser les règles du jeu.

La jurisprudence renforce encore la dissuasion lorsqu'elle procède à une analyse très extensive de la faute en matière de concurrence déloyale. Dans un arrêt récent du 6 mai 1986, elle a fort clairement rappelé que l'action en concurrence déloyale suppose seulement une faute et que le quasi-délit prévu par les textes ne requiert pas un élément intentionnel (34).

La voie de l'action en concurrence déloyale se trouve largement ouverte aux employeurs. Aux employés de se bien tenir et de se rappeler que recouvrer son indépendance n'est pas toujours chose aisée.

(34) Cass. Com., 6 mai 1986, arrêt inédit, n° 319 P ; S.E.C.F.N.C.C. Engrand et la Société d'expertise comptable d'organisation et de gestion FIDAC.

P^r M. VIVANT : Aujourd'hui, quant aux créations de salariés, nous avons deux législations dont une porte sur le droit d'auteur avec une terminologie et une autre qui concerne le brevet avec une autre terminologie. Cela me paraît être le type même de la législation anti-économique, en prenant « économique » au sens de la discipline économique car c'est susciter du contentieux, cela se traduisant par un gaspillage de temps et d'argent.

M. GOUTAL : Je voudrais seulement saisir l'occasion de cette réunion de spécialistes pour essayer de résoudre un problème auquel je n'ai pas encore trouvé de réponse lors des nombreuses fois où je me suis posé la question. Il s'agit de la cession des droits pécuniaires d'auteurs salariés à son employeur. On considère la présomption de cession, la cession automatique comme une solution acquise. J'ai recherché sans succès la jurisprudence dont tout le monde parle. Le seul élément que j'ai pu trouver est un arrêt de la Chambre criminelle de 1975 qui semble exiger au contraire un formalisme dans la cession. Cela paraît assez logique quand on pense à l'article 31 de la loi de 1957. Alors, quelqu'un a-t-il vu cette arlésienne jurisprudentielle ?

M. CAVANAGH : Il va de soi que je ne pourrais pas trouver normal qu'une entreprise paie un salaire à un créateur, à une personne qui est là uniquement pour cela, sans que l'on reconnaisse à l'entreprise le droit d'exploiter le résultat du travail. Il faut choisir entre deux solutions : soit être un créateur indépendant avec un intéressement proportionnel, cela peut rapporter beaucoup d'argent mais ne comporte pas les avantages du salarié (c'est-à-dire la rémunération constante versée tous les mois) ; soit préférer le salariat ce qui entraîne l'inconvénient selon lequel l'entreprise exploite à votre place pour retirer éventuellement des bénéfices à partir des résultats de votre travail. En pratique, le problème se pose uniquement quand on fait œuvre de création à titre accidentel dans l'entreprise. Dans l'édition par exemple, quand les auteurs sont engagés pour une tâche, ils savent très bien à quoi s'en tenir. C'est, par exemple, le cas des personnes qui rédigent les encyclopédies. Ils signent un contrat de travail et savent ce qui va se passer. Ils connaissent l'exploitation future, ils connaissent les rémunérations auxquelles ils auront droit. Les incitations que l'on peut leur donner sont des incitations financières. Ce sont des incitations à travailler. Ce sont des incitations de même nature que n'importe quelle prime pouvant être consentie à n'importe quel cadre.

M. COMBEAU : Je vais faire quelques observations sur l'attaque assez frontale que M^e Cottureau a menée à l'égard des pratiques contractuelles d'I.B.M. vis-à-vis de ses employés. Ainsi cela va se dérouler sous forme de trois remarques.

Tout d'abord, il est exact qu'I.B.M. demande à ses employés de lui reconnaître la propriété des inventions qu'ils développent. Cela concerne seulement certains employés qui sont engagés dans des activités techniques et ceux qui ont des responsabilités de commandement. Je ne vois rien d'anormal à ce titre. Selon les propos du P^r Mousseron, j'en déduis que c'est le droit commun de la chose. Au-delà de cela c'est également le droit commun du travail. Il s'agit d'une obligation peut-être oubliée qui sonne un peu de manière ridicule, mais tout de même demeure une obligation de loyauté de l'employé par rapport à son employeur.

Je ne trouve rien en cela de très choquant, sauf peut-être l'attitude de certains commentateurs qui tendraient dans beaucoup de domaines à chercher tous les moyens que pourrait trouver l'employé pour exercer une certaine obligation de loyauté. Beaucoup d'interprétations me semblent vouloir inciter l'employé à chercher à violer cette obligation de loyauté.

Je crois que c'est une tendance contre laquelle il faut lutter. Je prendrai un exemple peut-être pas aussi loin de ce domaine. Par exemple l'interprétation de l'article 45 de la loi des créations d'employés. Je ne vois pas pourquoi là où la loi ne distingue pas, on essaierait de dissocier les droits patrimoniaux des droits moraux de l'auteur. La loi dit très clairement que les droits de l'auteur sont dévolus à l'employeur. Pourquoi distinguer sinon dans l'esprit de vouloir permettre à l'employé d'exercer des moyens de rétorsion à l'égard de son employeur. Ainsi, je ne comprends pas vraiment pourquoi on ferait du mal.

Ensuite, vous avez évoqué les sanctions pénales. Il est vrai qu'I.B.M. rappelle à ses employés la sanction de la divulgation du secret de fabrique. Le texte vient des États-Unis et peut-être traduit de manière maladroite, mais peu importe. Il rappelle effectivement que le fait pour un employé de divulguer des secrets de fabrique constitue ou peut constituer une infraction pénale. Je rappelle que je ne vois rien de très choquant dans l'obligation de loyauté d'un employé vis-à-vis d'un employeur. Un certain nombre d'employés, aux États-Unis, avaient divulgué le secret et ont été poursuivis. À partir du moment où cela se trouvait sur la place publique, cela était inséré dans un document qui circulait dans l'entreprise.

Enfin, vous évoquiez les incitations. Comme on ne peut pas tout voir du même côté, on relève un certain nombre d'incitations dans l'entreprise dont on parle peu. Les incitations utilisées pour les chercheurs sont des promesses, par exemple. Il en existe d'autres, soit des élargissements du domaine de recherche (des incitations éminemment positives pouvant être offertes à un chercheur), soit des incitations financières sous forme de primes ou sous toutes formes financières appropriées (c'est le pendant de l'obligation de loyauté). Ce n'est pas du tout incompatible, il ne faut pas voir un frein d'un côté et une incitation de l'autre. À mon avis, tout cela est un ensemble cohérent.

P^r M. VIVANT : Le droit des marques constitue un cas très particulier. La législation ne prévoit rien et les salariés n'ont pas encore imaginé de revendiquer quelque chose. Les pratiques d'entreprises sont très diverses ; ainsi des semblants de cabinets de brain storming fonctionnent dans certaines entreprises pour la création des marques. Jusqu'à présent, il n'a pas été imaginé de récompenser spécialement le créateur de marque. Par conséquent, on rencontre tout un spectre de possibilités en commençant par la formule lourde avec attribution de droits privatifs, en passant par une zone intermédiaire où on se sert d'autre chose que du droit (des incitations financières par exemple) et en finissant par l'ultime situation dans laquelle on ne se sert de rien car il paraît légitime que la création se fasse.

P^r J.-M. MOUSSERON : Il faut citer le jugement TGI Paris du 7 juin 1983 (Dossiers Brevets 1984.I.1) faisant droit à l'action en contrefaçon d'un ex-salarié prétendant que la société des Fourrures Georges V avait, hors toute cession de droit, reproduit des dessins qu'il avait établis au cours de son emploi :

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

Que J.-P. Capelle est, donc, demeuré titulaire du droit de reproduction afférant 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 à l'exploitation de ses créations par la Société Fourrures Georges V ».

Pareille décision va dans le sens retenu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 11 avril 1975 (D. 1975.759, note H. Desbois) cassant l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 17 avril 1974 et par l'arrêt en renvoi, de la Cour d'Amiens du 8 avril 1976 (Rev. trim. com. 1976, 351, obs. H. Desbois). La Cour suprême rappelait :

« La loi du 11 mars 1957 pose en règle générale dans son article 1 que 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 exclusif de propriété incorporelle reconnu audit auteur par cette même loi... Il résulte du rapprochement de ces deux textes — lois de 1952 sur les créations de mode et de 1957 — que, dans le domaine d'application de la loi du 12 mars 1952, l'exigence 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. »

■ L'ENTREPRISE ET LA LOI INFORMATIQUE, FICHIERS ET LIBERTÉS

J. FRAYSSINET

Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille III

Chargé de cours de droit de l'informatique à la Faculté de Droit et
des Sciences Économiques de Montpellier

« Frein à la constitution de l'informatique dans l'entreprise : la loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés » ; tel est le thème de l'intervention dans le programme de cette rencontre. L'absence de point d'interrogation paraît donner à la phrase un sens affirmatif. Cependant, nous tenterons de vérifier si cette opinion est le reflet d'un *a priori* ou des faits constatés en articulant notre réflexion autour de trois points principaux.

Nous précisons préalablement, d'une part, que, pour rester dans le cadre de la loi, on ne considérera que les informations nominatives gérées dans les fichiers des entreprises, et d'autre part, que nos propos généraux s'appuient sur une multiplicité de cas réels signalés dans la revue de presse et les rapports de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

I. — LA RÉINTÉGRATION PARTIELLE DE L'ENTREPRISE DANS LA LOI DE 1978

La loi de 1978 a pour finalité de protéger d'abord l'individu, à travers les libertés individuelles, la vie privée et les libertés publiques. Volontairement, le législateur a exclu des règles protectrices les personnes morales, au motif qu'elles n'ont pas de vie privée ou que les règles existantes permettent de défendre leurs intérêts. Mais la distinction entre l'individu et la personne morale-entreprise est souvent floue ; au surplus, le fichage concerne souvent aujourd'hui des données d'entreprises (données économiques, commerciales, fiscales, sociales, bancaires, c'est-à-dire « la vie privée » de l'entreprise). La pratique enseigne qu'à travers l'individu, on peut nuire à l'entreprise, et vice-versa.

A) L'évolution des choses a favorisé de la part de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), commission à l'esprit pratique et pragmatique, une évolution qui tend à réintroduire partiellement l'entreprise dans le champ d'application de la loi, en reformulant la notion cardinale « d'informations nominatives », au sens de l'article 4 de la loi.

La position actuelle de la C.N.I.L. est exprimée d'une part dans la délibération n° 84-28 du 3 juillet 1984, mairie d'Arcueil, et d'autre part, dans la délibération n° 85-45 du 14 octobre 1985, chambre régionale de commerce et d'industrie des Pays de la Loire.

Il en résulte la jurisprudence suivante :

- Sont *directement* nominatives :

- les informations relatives aux dirigeants, quelle que soit la forme de l'entreprise, de même que les informations relatives aux électeurs dans le cadre des élections consulaires,

- les informations relatives à la raison sociale de l'entreprise, dès lors qu'il s'agit d'une entreprise en nom.

- sont *indirectement* nominatives, quelle que soit la forme de l'entreprise, les informations relatives à la situation et à l'activité de l'entreprise, notamment les informations économiques et financières dès lors qu'elles permettent l'identification des dirigeants. C'est pourquoi l'intégralité de la fiche confidentielle de l'entreprise doit être communiquée à la demande de ses représentants légaux. Il résulte une certaine divergence avec la délibération n° 80-34 du 21 octobre 1980 relative à la comptabilité générale, dont la légalité peut être contestée, qui exclut de la déclaration certaines données nominatives incluses dans les traitements automatisés de la comptabilité générale.

Ainsi, l'entreprise est, dans certains cas, à côté de l'individu, un bénéficiaire de la loi de 1978. En particulier, elle profite indirectement du droit d'accès et de rectification des données lui permettant de défendre ses droits et intérêts vis-à-vis des autres entreprises. L'entreprise n'est pas seulement ficheur : elle est aussi le fiché. C'est dire qu'elle serait mal venue à prétendre bénéficier de la loi de 1978 si par ailleurs ses propres fichiers portaient atteinte aux individus (employés, clients, dirigeants, etc...).

B) Dans la pratique, la loi de 1978 concerne, pour l'essentiel, les rapports de l'individu avec les entités économiques plus que les administrations de l'État ou les collectivités locales. Tout le démontre : le nombre des déclarations préalables des traitements automatisés, le nombre et la finalité des normes simplifiées, des recommandations, les plaintes et réclamations, le contentieux (encore faible), les articles de presse (très nombreux) dénonçant certains fichages illégaux et litigieux. L'entreprise est au centre du problème « Informatique, fichiers et libertés » car elle ne peut pas se gérer sans fichage des données nominatives, sans utiliser l'informatique sur la plus large échelle : toutes les grandes entreprises sont automatisées ; de 1978 à 1985, le taux d'informatisation des P.M.E. est passé de 12 à 80 %. L'avènement des micro-ordinateurs marque l'entrée de l'informatique de gestion dans les petites entreprises, voire les entreprises artisanales.

C) La rédaction de la loi et la jurisprudence de la C.N.I.L. permettent de suivre l'évolution des techniques et des applications informatiques pour maintenir les entreprises dans le champ de la loi.

Par exemple, la définition de la notion de « traitement automatisé », contenue dans l'article 5 de la loi « *tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatisés...* » est entendue extensivement par la C.N.I.L.

Dans une recommandation du 18 septembre 1984, la C.N.I.L. a précisé que l'usage d'un autocommutateur téléphonique sur les lieux de travail peut constituer un traitement automatisé de données nominatives dont la mise en œuvre est subordonnée aux respects de mesures d'informations et de garanties protectrices.

Aujourd'hui, les outils et services de la bureautique, télébureautique, télématique sont concernés, même si dans les entreprises, à tort, on estime souvent qu'un fichier nominatif géré par une machine de traitement de texte dédiée à un micro-ordinateur n'est pas à déclarer.

Autre exemple parmi d'autres : la numérisation et la conservation pour consultation du visage de la personne qui paie des achats par chèque dans certaines grandes surfaces constitue un traitement automatisé des données nominatives.

La loi de 1978 ne se résume pas à la constitution des fichiers classiques manuels et automatisés ; l'évolution de la technique informatique et des techniques de gestion informatisée multiplient les rapports entre l'individu et l'entreprise.

Mais alors, la loi de 1978 constitue-t-elle un frein au développement des capacités de stockage et de traitement de l'information dans les entreprises ?

II. — LA LOI DE 1978 N'EST PAS UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES FICHIERS AUTOMATISÉS DANS L'ENTREPRISE

On doit s'en réjouir, car tel n'était pas son but.

La loi a cependant élevé de manière significative, mais encore théorique, le niveau de risque juridique et extra-juridique (risque commercial, économique, social) pour des entreprises partant souvent du principe selon lequel presque tout est permis en matière de fichage.

A priori, les freins de la loi de 1978 pouvaient se manifester à deux niveaux :

— au niveau du régime des déclarations préalables des traitements automatisés auprès de la C.N.I.L. ;

— au niveau du régime juridique de l'information nominative.

A) En ce qui concerne la déclaration préalable des traitements automatisés, le régime établi par la loi s'est révélé, comme prévu, très avantageux pour les entreprises :

— la C.N.I.L. dispose d'environ 150 000 traitements déclarés dont 80 % concernent le seul secteur privé (chiffres pour 1985).

— 80 % des déclarations sont conformes à une Norme Simplifiée (déclaration de l'art. 17) ; la procédure est simple, économique, rapide, passant par le remplissage et l'expédition d'un formulaire bref et normalisé à la C.N.I.L., en trois exemplaires. Au surplus, pour faciliter l'activité des déclarants, la C.N.I.L. a posé le principe qu'il était possible de cumuler les ressources offertes par trois normes simplifiées différentes pour un même traitement ou qu'on pouvait partiellement ajouter à une Norme Simplifiée certains éléments non prévus, à la condition de le justifier.

— 45 % de ces déclarations simplifiées touchent à la paie et à la gestion ;

20 % les fichiers clients ;

15 % les fichiers de fournisseurs.

En 1986, la C.N.I.L. a enregistré 3 568 déclarations ordinaires (art. 16) et 17 356 déclarations conformes à une norme simplifiée (art. 17).

Dans l'examen des dossiers de déclaration, la C.N.I.L. a un comportement relativement libéral : elle manque de moyens pour faire un contrôle très approfondi de chaque déclaration. La commission tente de détecter les grandes illégalités ou les grands risques pour les individus en prêtant attention à certains points particuliers ; au pire, l'entreprise devra « refaire la copie », souvent en ayant déjà mis en œuvre pratique-

ment le traitement. La C.N.I.L., pragmatique plus que pointilleuse, considère, avec raison, que la lourdeur des formalités invoquée par les entreprises est un mauvais prétexte pour échapper à l'application de la loi.

— Compte tenu du nombre d'entreprises, de l'importance des données nominatives traitées pour la gestion, de la croissance de l'informatisation, on peut dire qu'un grand nombre de traitements d'entreprises de toutes tailles (sans doute la grande majorité) ne sont pas déclarés : les entreprises sont dans l'illégalité, de manière consciente ou inconsciente. La C.N.I.L. connaît cette situation ; elle a même les moyens techniques de détecter les secteurs sous déclaratifs. Mais elle n'a ni la compétence directe, ni les moyens de partir à la chasse des fichiers illégaux. Surtout, la C.N.I.L. n'ignore pas que l'entreprise non déclarante accepte alors de supporter les risques juridiques et commerciaux dérivant de l'illégalité.

Plusieurs raisons peuvent être évoquées pour expliquer le grand déficit des déclarations ; elles se cumulent souvent et certaines manifestent une carence des entreprises :

- méconnaissance de la loi de la part des dirigeants et des juristes d'entreprise ; les informaticiens sont peu conscients des implications juridiques des applications et ne connaissent pas leurs obligations vis-à-vis de l'employeur malgré le risque de licenciement pour faute professionnelle grave ;

- les entreprises comptent sur l'ignorance des personnes concernées par les données nominatives collectées, stockées, traitées et diffusées (employés, clients, fournisseurs, actionnaires et dirigeants). La méconnaissance porte à la fois sur les droits des fichés et sur les pratiques des entreprises. Dans le cadre du marketing et de la prospection commerciale, les applications informatiques sont de plus en plus perfides, évoluées et opaques ;

- on surestime dans les entreprises la difficulté, les délais et le coût d'établissement des déclarations préalables. On voit apparaître des professionnels de la déclaration, effectuant un service rémunéré ;

- les risques sont sous-estimés ou mal appréciés. Malgré la faiblesse actuelle du contentieux, on observe une croissance des plaintes et des actions en justice. Surtout, les entreprises ne réalisent pas combien la loi de 1978 peut servir de support à une campagne portant une atteinte grave à l'image de marque, entraînant une perte de clientèle réelle ou potentielle, détériorant le climat social. Les risques économiques, commerciaux, financiers, sociaux sont plus importants que les risques juridiques. Les entreprises devraient procéder à un véritable audit en la matière, en envisageant la sécurité informatique le plus largement possible ;

- la loi de 1978 souffre d'un manque de crédibilité dans le public et les milieux professionnels. La C.N.I.L. n'a pas les moyens de multiplier les contrôles sur le terrain et les sanctions judiciaires sont peu nombreuses et méconnues.

En outre, les affaires jugées soulèvent des débats juridiques sur des points importants controversés ; certaines solutions jurisprudentielles apparaissent même comme favorables aux entreprises non déclarantes. Citons, par exemple :

- le problème de la sanction pénale en cas de non déclaration d'un traitement conforme à une norme simplifiée, l'article 41 de la loi ne visant pas l'article 17 (Tribunal de Grande Instance de Versailles, chambre correctionnelle, 23 septembre 1986) ;

- les retombées de l'affaire R... qui soulève les problèmes des éléments constitutifs du délit (faut-il une intention coupable ?) et la détermination de la personne responsable qui peut être une personne morale (art. 41 : « quiconque a procédé ou fait procéder à des traitements automatisés de données nominatives... ») (Tribunal de

Grande Instance de Nantes, 16 décembre 1985 et Cour d'Appel de Rennes, 24 juin 1986).

Autant d'éléments affaiblissant la vigilance des entreprises quant à l'obligation de déclaration ; pourtant, la saisine de la C.N.I.L. n'étant pas un préalable obligatoire, il est facile de saisir directement le juge, après avoir vérifié l'absence de déclaration en consultant la liste des traitements déposés auprès de la commission. Les possibilités de mettre en difficulté les entreprises sont nombreuses et largement offertes aux syndicats, aux associations de consommateurs, à la presse écrite et audiovisuelle, aux entreprises concurrentes.

B) La loi de 1978 peut aussi apparaître *a priori* comme un frein si on fait porter l'analyse sur le régime juridique de l'information nominative ; en fait, la pratique enseigne que tel n'est pas le cas.

Juridiquement, les dispositions de la loi de 1978 sont nombreuses, contraignantes ; l'entreprise qui crée un fichier doit respecter préventivement des obligations, souvent sanctionnées pénalement. Or, par méconnaissance ou action volontaire, les entreprises ne respectent pas généralement leurs obligations. Les entreprises prennent des risques inconsidérés, susceptibles de provoquer à l'improviste des dérapages coûteux.

Combien d'entreprises appliquent l'article 27 lors de la collecte de données nominatives (obligation d'informer le fiché) y compris pour les questionnaires papiers, contrôlent la durée de conservation des données (art. 28), prennent des mesures de sécurité (art. 29), stockent des données relatives à la vie privée des employés (art. 1) ou aux appartenances syndicales (art. 31), transmettent les corrections à faire en cas de cession du fichier (art. 38) après avoir rectifié l'inexactitude des données (art. 37) ?

Pourtant ces obligations sont des « nids à contentieux » civils, pénaux, commerciaux, à des contestations avec les employés, les syndicats, les clients, les associations de consommateurs, entre entreprises. Sur le terrain, le décalage entre la loi et les pratiques est surprenant alors que les problèmes existent concrètement.

Alors que les atteintes aux libertés individuelles se multiplient, les individus fichés dans les entreprises n'exercent pas leurs droits de riposte, et manifestent peu de curiosité sur l'usage et la transmission des données les concernant.

Combien de personnes utilisent les ressources :

— de l'article 3, « toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés », en cas de refus d'attribution d'un crédit, par exemple ?

— de l'article 26, droit de s'opposer pour des raisons légitimes à ce que des données nominatives fassent l'objet d'un traitement cas de la publicité en nombre, de la cession des fichiers entre entreprises, cession des données de l'annuaire téléphonique électronique (liste orange), etc.

— du chapitre 5 de la loi, pour exercer les droits de curiosité, d'accès, de communication, de contestation, de rectification ?

— de l'article 2, pour lutter contre les abus du profilage comportemental (modes de vie et de consommation, estimation de la qualité de bon ou mauvais payeur, etc.) ?

Force est de constater, tout en le déplorant quand on connaît la gravité et la fréquence croissante des illégalités, que l'arsenal d'obligations et de droits déployé par la loi de 1978 ne gêne pas de manière significative les entreprises dans la mise en œuvre de traitements automatisés.

C) La carence observée conduit à une observation de fond : d'une part, l'entreprise ignore l'individu, ramené à la notion abstraite de client, de fournisseur, d'employé. Plus exactement, elle considère l'individu de son seul point de vue, en fonction d'une logique économique ; elle s'approprie la personne pour la mettre au service de son intérêt direct et immédiat. D'autre part, l'individu par méconnaissance, par habitude, par paresse, ne réalise pas que les données le concernant constituent un enjeu pour ses libertés, pour son autonomie individuelle et collective face aux entreprises. Un réel fonctionnement de la loi de 1978 supposerait un niveau supérieur de conscience des intérêts en cause, aussi bien des entreprises que des individus ; mais l'entreprise n'y a pas vraiment intérêt car le respect de la loi imposerait des contraintes nouvelles, parfois lourdes et coûteuses, limitant le degré actuel d'autonomie de l'entreprise vis-à-vis des personnes fichées. Dans ce contexte, on comprend aisément pourquoi les entreprises se gardent bien d'informer et de former le personnel ou les clients. Il y a là, une certaine inadéquation de la loi de 1978, en avance sur son temps, à la mentalité, la culture dominante, les structures économiques et sociales françaises.

Il ne s'agit pas de soupçonner toutes les entreprises d'avoir des pratiques informatiques illégales, même si certaines, au nom de la liberté d'entreprendre, procèdent à des fichages et croisements d'informations tout à fait abusifs. Il importe plutôt aux entreprises de réaliser que leurs intérêts doivent se concilier avec ceux des individus, que l'activité économique s'inscrit dans un cadre social complexe, évolutif, et une éthique.

Envisagée d'une manière pratique, la loi de 1978 est, pour l'entreprise, « un tigre de papier » puisqu'il n'y a pas de respect strict, rigide, des règles légales. En réalité, les rapports entre la loi et les entreprises s'organisent aujourd'hui d'une manière souple, concrète, réaliste, moins juridique, dans le cadre d'une certaine conception des équilibres à respecter entre les droits et obligations des individus et des entreprises. Les entités économiques contribuent ainsi à l'émergence d'une nouvelle conception de la finalité et de la mise en œuvre de la loi de 1978, lui assurant par là une véritable utilité et un avenir.

III. — VERS UNE DÉONTOLOGIE DES RAPPORTS ENTRE LES INDIVIDUS ET LES ENTREPRISES A TRAVERS LA GESTION DES DONNÉES NOMINATIVES

Par delà le respect des dispositions de la loi, la C.N.I.L., grâce à une véritable « jurisprudence » pragmatique, mais peu connue, tente de discipliner, de moraliser, certaines pratiques et évolutions de la gestion des entreprises présentant des risques importants pour l'individu et l'équilibre social. Progressivement, par touches successives, cas par cas, elle conçoit une sorte de déontologie pour définir le seuil de l'acceptable et de l'inacceptable, à partir des plaintes, des réactions de l'opinion publique, des conditions d'acceptation formulées lors des déclarations. A l'approche globale du législateur, la C.N.I.L. ajoute une approche fonctionnelle, téléologique. L'élaboration d'un code de bonne conduite, la mise en place de garde-fous donnent à la C.N.I.L. un rôle d'arbitre, de conciliateur.

A) On constate l'évolution à la lecture des rapports annuels d'activité, à travers la multiplication des Recommandations sectorielles ou générales (aujourd'hui, une quinzaine) de la commission, des modalités d'instruction des déclarations.

En ce qui concerne les entreprises, les recommandations principales portent :

- sur les entreprises privées de sondage ;
- la sécurité des systèmes informatiques ;
- les études de marchés et de produits ;

- les autocommutateurs utilisés sur les lieux de travail ;
- la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par des établissements de crédits ;
- l'activité des sociétés conseil de recrutement.

La multiplication des recommandations pose un triple problème :

- celui de la valeur juridique des recommandations : simple conseil, pseudo ou vrai acte réglementaire ? Quelle est leur base légale ?

- les recommandations sont gênantes pour les entreprises concernées en mettant en cause, dans le détail, les pratiques antérieures, en renforçant les droits des individus, en instituant des contraintes nouvelles. Des recours ont été déposés devant le Conseil d'État, les entreprises estimant que la commission est coupable d'excès de pouvoir ;

- les recommandations entraînent une difficulté méthodologique. On passe d'une loi formelle à des « standards », des principes directeurs, des directives, des « conseils fortement conseillés ».

L'évolution se vérifie dans la manière dont la C.N.I.L. procède à l'instruction des dossiers des déclarations de traitements présentant des points sensibles. A côté de l'acceptation ou du rejet pur et simple, la commission fait une place croissante à la négociation avec le déclarant, posant des conditions, acceptant des aménagements dont la légalité appréciée — *stricto sensu* — est discutable. Indéniablement, ce style d'action augmente de fait les pouvoirs de la commission qui, pour certains, sortirait de son rôle de contrôleur du respect de la loi. La commission ajouterait ainsi sa vision à celle du législateur, combinant le raisonnement juridique avec une approche tenant compte du contexte économique, social après négociation avec les représentants des secteurs et applications concernés. On passerait, si on peut dire, d'une « loi dure » à une « loi molle » à caractère impressionniste, risquant de faire le jeu des groupes de pression, de donner la priorité à l'équité sur la légalité, de créer des situations inégales. Le souci de souplesse et de réalisme peut conduire la commission à commettre des illégalités sanctionnées par le juge : tel fut le cas de l'annulation par le Conseil d'État de la norme simplifiée n° 7 (Confédération Générale du Travail, 12 mars 1982).

Dans une sorte d'analyse économique du droit, la C.N.I.L. procède à un bilan coût-avantage, apprécie l'opportunité, forge une doctrine en insistant sur les principes de finalité, de loyauté, de transparence, de sécurité. Il revient alors à l'entreprise déclarante (comme aux administrations) de présenter un argumentaire justifiant tel ou tel aspect du traitement automatisé pour emporter la conviction de la Commission. La C.N.I.L. ira jusqu'à subordonner son acceptation à la satisfaction d'obligations non prévues expressément par la loi : comme, par exemple, l'information systématique des personnes physiques et morales préalablement au fichage.

L'attitude de la C.N.I.L. favorise sa contestation : elle est en première ligne face à des entreprises, des puissances économiques et financières qui prétendent subir un pouvoir arbitraire et discrétionnaire. Mais la commission, en posant clairement les bonnes questions, sait parfois trouver un appui dans l'opinion publique, obligeant les entreprises à dépasser un point de vue étroit.

B) L'approche nouvelle des rapports entre la loi de 1978 et les entreprises est aussi imposée par l'évolution de la nature de l'informatisation des entreprises. A cet égard, la C.N.I.L. révèle une bonne capacité d'adaptation et d'analyse.

La loi de 1978 a été conçue, à l'origine, pour le traitement de masse d'informations nominatives figurant dans les fichiers stables de gestion du personnel, de la comptabilité, des clients. Mais aujourd'hui, le traitement

n'est plus seulement quantitatif ; il est de plus en plus qualitatif, sélectif, concernant les aspects les plus variés de la vie de l'individu, de son comportement, sa personnalité, ses capacités. Les données, les résultats des traitements circulent plus loin, plus vite, à travers les réseaux, font l'objet de commerce systématique et rentable à l'insu de la personne concernée, pour qui tout reste invisible, privant d'effectivité, par exemple, l'exercice du droit d'accès.

Aujourd'hui, des vrais dangers ou risques pour l'individu dérivent de ces applications nouvelles. Elles font de lui une marchandise, une entité dépersonnalisée ou typée. Cette informatisation nouvelle des entreprises impose à la C.N.I.L. d'utiliser comme tremplin la loi de 1978 pour bloquer certaines applications, freiner des tendances inquiétantes, discipliner les pratiques nouvelles.

En fonction des cas pratiques observés, on peut dégager des types d'applications pour lesquels la C.N.I.L. tente d'élaborer une déontologie, parfois à la demande, avec l'appui et l'accord des entreprises concernées.

Donnons quelques exemples actuels :

- le problème du profilage des individus (et des entreprises), du scoring (profil psychologique et test au moment de l'embauche) ; profil des employés pour la définition des carrières, contrôle de la productivité du travail ; profilage des clients (marketing sélectif, établissement de listes de mauvais payeurs, attribution des crédits, etc.) ; profilage des entreprises dans des bases de données facilement accessibles (niveau de solvabilité, santé économique, etc.). La loi de 1978 a alors des incidences sur le droit social, commercial, et celui de la consommation ;

- le marketing direct et la cession de données entre entreprises à des fins publicitaires (accès et commercialisation des fichiers, des annuaires, diffusion de messages pré-enregistrés par appels automatiques, types de cession privant d'effectivité le droit d'accès, le téléachat (home shopping), l'utilisation de certains fichiers publics, du R.N.I.P.P., du N.I.R.) ;

- le développement de la carte à mémoire (dossier du personnel, modalités de paiement, traitement statistique des données) ;

- le développement de la télématique grand public ou spécialisée (Minitel Rose, commandes et paiement à distance, confidentialité et sécurité, messagerie électronique, conservation des données, droit de réponse, droit des bases de données, etc.) ;

- les flux trans-frontières de données et l'application du droit communautaire.

**

En conclusion, on peut affirmer que malgré les nombreux rapports entre les entreprises et la loi de 1978, la législation française n'a pas encore constitué véritablement un frein à la gestion des données nominatives. A travers les règles de droit, la loi a plutôt pour effet de sensibiliser les entreprises au respect de l'individu et de certains équilibres sociaux. La loi pourrait être un frein si l'informatisation des entreprises engendrait des risques et des abus excessifs, si l'opinion publique devenait plus sensible au caractère critiquable, dangereux, illégal de certaines applications. Une telle évolution du contexte n'est pas impossible avec le temps.

Mais un comportement trop irresponsable, égoïste, à courte vue des entreprises ne manquerait certainement pas de les rendre à la fois responsables et victimes d'une évolution qui mènerait vers des règles détaillées, sectorielles, plus rigides et rigoureuses, que celles édictées par la loi de 1978. La complexité juridique naîtrait alors de la superposition de réglementations particulières à la loi générale et l'esprit répressif prendrait le pas sur l'esprit préventif.

E.-M. BEY
Directeur juridique de Locafrance

— Dans sa préface au livre « Mobiliser l'intelligence de l'entreprise » de Serieyx, Michel Albert écrit : « Cette fin de siècle sera dominée par la course entre deux types d'économies : celle de "l'or noir" et celle de la "matière grise". Pour la France, qui n'a pas de pétrole, la nécessité de mobiliser l'intelligence de l'entreprise s'impose comme un impératif national » (1). Investir dans l'immatériel est ainsi une nécessité. Mais, qu'est-ce que l'immatériel ? Quelle en est la structure ? Quels efforts d'investissement lui furent consacrés ?

— Plusieurs définitions comptables partielles ont été données de l'immatériel (2). A cet égard, suivant le Commissariat Général du Plan, « L'immatériel est un ensemble de dépenses comptabilisées en exploitation et agissant en investissement » (3). Un juriste a parlé de « prestations intellectuelles » (4). Des économistes retiennent la notion de « matière grise » (5). Au plan général, suivant le Centre de Prospective et l'Évaluation, « L'investissement intellectuel, c'est la mise en œuvre d'une pensée globale qui mise délibérément sur l'introduction de l'intelligence dans les processus de conception, de production, de commercialisation, dans l'organisation des rapports d'autorité, de communication, de

travail et même dans les produits et services qui fondent l'activité et la raison d'être d'une firme, ou d'une nation » (6).

— Ainsi, structurellement, l'immatériel recouvre la recherche et le développement, les brevets de licences, la formation (7), le marketing (8) incluant la publicité sous toutes ses formes (9) et même le « supermarketing » (10), l'installation d'un réseau de distribution, la création et le développement des structures commerciales à l'étranger..., les logiciels (11), l'organisation, le conseil, l'ingénierie, la qualité... (12).

L'épine dorsale de l'ensemble, son noyau dur, singulièrement en matière informatique, est assurément l'information large sensu. Sa « recherche délibérée..., son analyse et son exploitation systématique » permettent « d'anticiper sur les changements, provoqués ou induits » (13) (14) (15). c'est la matière première de l'im-

(1) H. Serieyx, *Mobiliser l'intelligence de l'entreprise*, Entreprises modernes d'Édition, 1982.

(2) Cf. Par exemple : suivant le guide comptable de l'ingénierie, des sociétés d'études, des ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil, il s'agit des « investissements intellectuels du compte 217 », c'est-à-dire des « moyens de production spécifiques des activités d'étude, d'ingénierie ou de conseil, caractérisés par l'importance fondamentale des travaux de conception nécessaires à leur création.

« Certains de ces investissements, tels les prototypes, peuvent être concrétisés par des objets matériels, mais leur valeur véritable est fonction, pour l'essentiel, de la qualité des études et recherches ayant présidé à leur conception.

« Pour une correcte information des tiers, il est recommandé de distinguer : d'une part, les études et recherches proprement dites, dont la valeur effective ne se révélera qu'ultérieurement en fonction du profit que l'entreprise pourra en retirer ; et d'autre part, les investissements présentant le caractère de moyens de production ("outillages intellectuels"), c'est-à-dire effectivement utilisés pour la réalisation de certaines phases des travaux caractéristiques de l'activité de l'entreprise. »

On peut également consulter le Guide comptable des Entreprises et Organismes de Recherche et de production des hydrocarbures ; le Guide des Industries aéronautiques et spatiales ; voir en outre : la neuvième norme comptable internationale (IAS 9) de l'International Accounting Standards Committee (IASC) de mars 1978 qui propose une définition des termes « recherche » et « développement »... : Ministère du Plan et de l'Aménagement du Territoire — Commissariat Général du Plan, Rapport du groupe de travail sur : « Investissement non matériel et croissance industrielle (Préparation du IX^e plan 1984-1988) », La Documentation Française, mai 1982.

(3) Commissariat Général du Plan, Rapport du Groupe de Travail « Investissement non-matériel et croissance industrielle », Préparation du IX^e Plan 1984-1988, La documentation Française, mai 1982, p. 119.

(4) M^{me} Brechon, Président de l'Association de Droit public pour l'Entreprise, Rapport introductif au Colloque de Nanterre des 8 et 9 oct. 1981 consacré aux marchés publics de prestations intellectuelles.

(5) Journée d'étude du 10 mai 1984 sur la matière grise au service de la valeur ajoutée dans les industries agro-alimentaires.

(6) Centre de Prospective et d'Évaluation, C.P.E., Étude n° 71, Essai sur l'investissement intellectuel, juin 1986, p. 29.

(7) « Procurer au personnel les qualifications nécessaires à son adaptation en fonction des projets de l'entreprise (gains de productivité) ; permettre l'acquisition des nouvelles connaissances, dans le cadre des mutations industrielles en cours ; favoriser le développement des compétences individuelles facilitant, si besoin est, les changements de métiers rendus plus fréquents par les impératifs de modernisation » : Marie-Christiane Kaplan et Jean-Philippe Burcklen, Évolution de la nature de l'investissement, Bulletin du Crédit National, 1985, op. cit., p. 19.

(8) « Ensemble des actions coordonnées : étude de marché, définition du produit, promotion, publicité, mobilisation de la force de vente, qui concourent au « positionnement » et au développement des ventes d'un produit ou d'un service » : Crédit National, Bull. préc., p. 20.

(9) Par exemple, une campagne publicitaire recouvre tant la conceptualisation de l'action que sa réalisation par l'utilisation de l'audiovisuel, l'achat d'espaces, l'exécution des travaux d'édition (création, papiers, impression, façonnage...), par la confection et l'aménagement de boutiques, de stands, le packaging (conditionnement et présentation des produits)... l'exploitation de la nouvelle technique du publi-reportage...

(10) Philippe Kotler, Le supermarketing, in Harvard-L'Expansion, Automne, 1986, p. 18.

(11) La dépense globale en logiciels (y compris les dépenses de personnel) est estimée à 120 milliards de francs en 1990 : Jean Saint-Geours, Investir dans l'intelligence, Le Monde, 23 avril 1985, p. 20. En 1987, le marché international de logiciels représenterait plus de 55 milliards de dollars.

(12) Le rapport Lagane au Conseil Économique et Social (1984) distingue les dépenses liées aux rapports avec la clientèle : marketing, publicité, communication... ; les dépenses liées à l'innovation : recherche-développement, achats de brevets... formation du personnel... ; les coûts de conception ou d'achat de logiciels... ; les dépenses de formation professionnelle des entreprises... considérées comme investissements immatériels lorsqu'il s'agit d'élever les capacités du savoir-faire du personnel dont le montant était estimé en 1985 à 10,4 milliards de francs à rapprocher des 18 milliards de crédits que l'État consacra en 1987 à la formation professionnelle et à l'apprentissage..., p. 52.

(13) Centre de Prospective et d'Évaluation — C.P.E. —, Étude 71, Essai sur l'investissement intellectuel, juin 1986, p. 10.

(14) L'information est désormais tellement importante qu'elle a donné naissance à une nouvelle activité : le « courtier en informations » exploitant les banques de données partout dans le monde.

(15) Sur l'immatériel : Les Échos-Industrie, Supplément hebdomadaire du 2 sept. 1987.

matériel. Elle en est la constante fondamentale (16). Aussi, s'identifiera-t-elle à lui pour la commodité du présent exposé.

— Depuis une dizaine d'années, les entreprises confrontées à une sérieuse concurrence et à l'énorme développement de la connaissance, et conscientes que « dans la société de l'information, l'investissement change d'identité » (17), ont augmenté (18) leurs dépenses dans l'immatériel (19), qui, en 1984, ont représenté 35,90 % de la Formation Brute de Capital Fixe, avec 160 milliards 43 millions de francs contre 25,60 % en 1979 (20).

Estimées à 228 MMF en 1989 et 315 MMF en 1991 contre 170 MMF en 1983, elles marquent (21) une incontestable « montée de l'investissement intellectuel » (22) (23), cependant encore insuffisante (24) pour Robert Lagane dans son rapport présentement en discussion au Conseil Économique et Social, sur « les conditions économiques, sociales et culturelles de la modernisation de notre économie » (25).

Une des raisons généralement retenues pour l'expansion de cet Immatériel, est de nature financière. Qu'en est-il exactement ?

— Pour y répondre, il convient d'examiner d'une part, les obstacles à l'expansion de l'immatériel (I) et, d'autre part, la dynamisation financière de l'immatériel (II).

(16) « C'est le logiciel qui fait vendre l'ordinateur. C'est l'immatériel qui valorise le matériel... Un carburant : l'information » : Danielle Chasport, L'important, c'est le logiciel, in *Les Échos, Spécial Sicob*, 6 avril 1987, p. 13.

(17) Jean Saint-Geours, *Investir dans l'intelligence. L'investissement change d'identité : l'automatisation et les progrès de l'informatique exigent davantage de recherche et de formation*, *Le Monde*, 23 avril 1985, p. 19 ; Jean-Philippe Burcklen, 10^e journées internationales des Centrales de Bilans, 20-21 juin 1985, La nature de l'investissement ; Évolution en France depuis 1974, *Crédit National, Département des Études, Évolution de la nature de l'investissement, Analyse par secteur*, mai 1985.

(18) Souvent avec les encouragements de l'État par des procédures financières spéciales de l'Anvar, des crédits d'impôt pour la recherche : cf. *La Tribune de l'Économie*, 16 sept. 1987, p. 1...

(19) *Alter Éco* n° 3, février 1987.

(20) 32,40 % en 1983 ; 29,40 % en 1982 ; 27,60 % en 1981 et 25,20 % en 1980 : source : *Crédit National, Claire Chazal, La reprise de l'investissement se confirme mais hésite dans l'industrie*, in *Les Échos* du 2 nov. 1986. Le ratio investissement intellectuel sur investissement physique se serait élevé au cours de la période 1974-1983 passant de 21,2 à 32,5 % : J. Saint-Geours, *Investir dans l'intelligence, préc.*, in *Le Monde*, 23 avril 1985, p. 20.

(21) Alain Marion, *Problématique financière de l'investissement immatériel*, in *Analyse financière*, 1^{er} trimestre 1987, p. 72-83 ; B.I.P.E., *L'investissement non-matériel*, in *Prévisions Glissantes Détaillées - P.G.D.*, 1987.

(22) In *Futuribles*, juillet-août 1986, p. 3-29.

(23) L'accroissement annuel moyen en volume prévisible de l'immatériel pour la période 1985-1991 est de 6,7 % contre 3,8 % pour le matériel : source B.I.P.E., *Sur quelques statistiques : Crédit National, Études, Évolution de la nature de l'investissement...*, préc.

(24) Notamment, par comparaison des dépenses consacrées à la recherche et au développement par les U.S.A., le Japon et l'Allemagne Fédérale, l'effort consacré par la France est inférieur de 20 à 25 % à celui réalisé par ses principaux partenaires : C.E.S., rapport préc., 1987, p. 53-54.

(25) Alain Vernholles, *Un rapport du Conseil Économique et Social, La France souffre d'un retard dans l'investissement intellectuel plus que matériel*, in *Le Monde*, 23 juin 1987, p. 44 ; D.G., *Un rapport du C.E.S. sur la modernisation, La qualité de l'investissement français mise en cause*, in *La Tribune de l'Économie*, 23 juin 1987, p. 3 ; Conseil Économique et Social, *Les conditions économiques, sociales et culturelles de la modernisation de notre économie, Avis adopté par le C.E.S. au cours de sa séance du 24 juin 1987 sur le rapport de M. Robert Lagane*, p. 52 et suiv., notam. p. 55.

I. — LES OBSTACLES A L'EXPANSION FINANCIÈRE DE L'IMMATÉRIEL

— Les freins à l'expansion de l'immatériel sont de nature légale (A) et contractuelle (B).

A. LE FREIN LÉGAL

— Le frein légal est statutaire (1^o) et comptable (2^o).

1^o Au plan statutaire

— Le banquier est tenu, de par sa qualité d'établissement de crédit et la nature de son activité, par deux impératifs : celui de la rentabilité des capitaux engagés et celui de la prudence, à raison du principe légal de la protection des fonds des déposants et de l'équilibre de sa propre structure financière se traduisant dans le respect des coefficients de gestion imposés par le Comité des Établissements de crédit et la Banque de France (26). Toute intervention de sa part est commandée par ces normes.

— Or :

En premier lieu, ses outils d'analyse du risque étaient inadaptés à l'immatériel qu'il ne pouvait sainement apprécier en raison de l'hétérogénéité de son domaine, de l'absence de critères déterminatifs de cette catégorie d'investissements (27) et, par là, de statistiques (28), de l'inexistence d'éléments de mesure fiables de la dépense — évaluation des coûts — et de sa mauvaise appréhension en comptabilité (29).

En second lieu, la rentabilité de la dépense est difficilement évaluable dans la mesure où, d'une part, l'accroissement de la productivité de l'entreprise — s'il se réalise — est souvent imprévisible, d'autre part, l'impact — le retour financier — n'est perceptible qu'à moyen et long termes alors que la période de référence du banquier est, en principe, l'année.

En troisième lieu, l'immatériel n'est pas perçu par lui et par le bailleur financier comme une valeur de gage enrichissant véritablement le patrimoine, constitutif d'une réelle garantie, et ce, d'autant plus que le patrimoine des sociétés du tertiaire (services et ingénierie) est, de par la nature même de leur activité, pauvre en matériels, usines... (30).

Enfin, de manière plus générale, la différence de concept et d'expression existant entre l'analyse stratégique qui intègre les facteurs d'image de marque, de part de marché... et d'analyse financière qui ne prend en considération que les données comptables, rend l'appréciation du risque et le dialogue entre banquiers et clients malaisé.

(26) Coefficients de fonds propres et de ressources permanentes ; Rapport de couverture des risques ; Rapport de division des risques ; Règle de liquidité.

(27) *Crédit National, Évolution de la nature de l'investissement*, mai 1985, p. 28.

(28) Sur des tentatives de quantification de l'immatériel : B.I.P.E., *Prévisions glissantes détaillées, Horizon 1988*, mai 1983.

(29) Sur les coûts des investissements immatériels : René Chilin et Anne Douss et de l'Anact, Jacques Mugnier d'A.C.T.A.L. (Action pour l'Amélioration du Travail en Alsace) et François Schoer du B.R.E.G. (Bureau Régional d'Études de Gestion), *Investissements immatériels*, in A.N.A.C.T., *Lettre d'information*, février 1986, p. 2 et suiv., notam. p. 6 à 9.

(30) Marie-Jeanne Pasquette, *Enfin des financements pour la matière grise*, in *Tertiel* n° 9, novembre 1985, p. 14.

2° Au plan comptable

— Un autre frein légal au financement de l'immatériel est le respect des principes comptables :

— de prudence, c'est-à-dire de l'appréciation raisonnable des faits afin « d'éviter le risque de transfert, sur l'avenir, d'incertitudes présentes susceptibles de grever le patrimoine et les résultats de l'entreprise » (31), ainsi que cela est imposé par les articles 12 et suivants du Code de commerce et le Plan Comptable Général ;

— de bonne information des tiers, impliquant « la sincérité objective » des informations (32) qui « doivent donner à leurs utilisateurs une description adéquate, loyale, claire, précise et complète des opérations, événements et situations » (33) ;

— et d'image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat.

— Or, le traitement de l'immatériel pose le double problème de sa nature et de son enregistrement comptable (34).

S'agit-il d'un élément corporel ou incorporel ? D'un investissement immobilisable à l'actif et amortissable et sur quelle durée ? S'agit-il de charges à étaler ? Faut-il donner des informations le concernant en annexe du bilan pour respecter le principe de l'image fidèle (C. com., art. 9 al. 5 nouveau) ?...

Certes, les frais de recherche et de développement et les dépenses de logiciels — il ne s'agit cependant que de quelques éléments de la structure générale de l'immatériel — sont considérés par le plan comptable de 1982 et la loi n° 84-578 du 8 juillet 1984 comme des immobilisations incorporelles (35) (36), mais l'outil comptable étant encore insuffisant (37) rend par là les

(31) Suivant l'énoncé du Plan Comptable Général : Francis Lefebvre, *Memento comptable*, 1987, p. 49, n° 264.

(32) Francis Lefebvre, *Memento...*, op. cit., p. 50, n° 268.

(33) *Plan Comptable Général*, p. 5.

(34) *Les Échos*, 30 juillet 1987 : Recherche, formation, logiciels : l'irrésistible ascension de l'investissement immatériel.

(35) Art. 236 nouveau C.G.I. sur la fiscalité de l'investissement et du capital-risque :

« I. — Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, les dépenses de fonctionnement exposées dans les opérations de recherche scientifique ou technique peuvent, au choix de l'entreprise, être immobilisées ou déduites des résultats de l'année ou de l'exercice au cours duquel elles ont été exposées.

« Lorsqu'une entreprise a choisi de les déduire, ces dépenses ne peuvent pas être prises en compte dans l'évaluation du coût des stocks.

« Ces dispositions sont applicables aux dépenses exposées dans les opérations de conception de logiciels.

« II. — Lorsqu'une entreprise acquiert un logiciel, le coût de revient de celui-ci peut être amorti en totalité dès la fin de la période des onze mois consécutifs suivant le mois de cette acquisition.

Cet amortissement exceptionnel s'effectue au prorata du nombre de mois restant à courir entre le premier jour du mois de la date d'acquisition du logiciel et la clôture de l'exercice ou la fin de l'année. Le solde est déduit à la clôture de l'exercice suivant ou au titre de l'année suivante.

Les dispositions du troisième alinéa du I de l'article 209 ne sont pas applicables à l'amortissement prévu par les deux alinéas qui précèdent... »

(36) Sur une critique de la comptabilisation des logiciels en immobilisations incorporelles dans un compte principal 21 : J.-B. Heinrich, *Un régime fiscal pour les logiciels* : J.C.P., C.I., 1983.I.19544.

(37) Le Conseil National de la Comptabilité — C.N.C. — vient de définir les conditions d'immobilisation à l'actif dans le poste « investissements immatériels » des logiciels : Marc Durin, *Les logiciels feront partie des actifs de l'entreprise*, in *Le Figaro* du 2 sep. 1987 ; V.G., *Les Logiciels dans les actifs*, in *Le Nouvel Économiste* du 11 sept. 1987.

ratios bancaires classiques d'appréciation du risque en partie inexploitable et l'appréhension du futur de l'entreprise difficile.

— Il en résulte que :

— L'immatériel, mal perçu et sans garantie, était peu éligible au crédit classique ; des banques avaient cependant accordé quelques prêts notamment pour le lancement des marques et nouveaux produits (38).

— L'immatériel ne bénéficiait que de crédits courts, de facilités de trésorerie...

— Très souvent, le financement de l'immatériel était assuré par les fonds propres (auto-financement) de l'entreprise, qu'on pouvait utilement employer à des gains de productivité, par exemple...

B. L'OBSTACLE CONTRACTUEL

— Il tient, d'une part, à l'insuffisance de l'offre (1°) et, d'autre part, aux exigences de certains fournisseurs d'immatériel (2°).

1° L'insuffisance de la demande

— Pour conclure une convention financière, il faut être au moins deux : créateur et crédit. Or, les études montrent que les demandeurs d'immatériel, désirant conserver la confidentialité de leurs travaux (39), ou garder le secret sur les faiblesses de leurs structures, ou encore améliorer leur taux de rentabilité brute d'exploitation..., mais aussi encouragés par les réticences des banquiers, recourent le plus souvent aux financements par ressources internes.

Force est dès lors, de constater que, faute de propositions réciproques, aucun contrat de crédit ne pouvait être conclu.

2° Les exigences de certains fournisseurs d'immatériel concernant le crédit-bail

— Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1966, il est nécessaire que le bien crédit-baillé soit, d'une part d'équipement, d'autre part « acheté en vue de cette location ».

Dans la mesure où l'immatériel (comme l'énergie ou le travail) est un bien apparaissant sous forme de créances et se trouvant par là dans le commerce juridique, il peut faire l'objet d'un contrat, peut être lui-même généré, mais d'un contrat quand même.

(38) Par exemple, le « crédit d'investissement publicitaire » de la Banque Vernes, le « crédit futur export » (investissement dans la force commerciale à l'étranger) de la Banque de Bretagne...

(39) Les entreprises consommatrices de crédit immatériel doivent elles-mêmes s'ouvrir plus avant vers le banquier en donnant toutes informations sur les orientations envisagées, l'état des investigations des travaux en cours..., la rentabilité ou le bénéfice escompté... sans exagérer la confidentialité de ces éléments et retenir l'information..., l'attitude de coopération est ici nécessaire notamment pour le montage des dossiers.

La décision est surement facilitée par l'exploitation conjointe des autres formules comme les aides publiques, par ex. à l'innovation accordée par l'Anvar, notamment par la procédure du « recours aux services » de techniciens extérieurs (en matière de propriété industrielle) ; les aides fiscales, par ex. par le crédit d'impôt : par ex., L. de finances pour 1983, art. 67 ; l'amortissement : par ex., L. n° 525 du 3 juillet 1979 remplacée par la déduction de l'I.S. de 50 à 45 % ; les bonifications d'intérêts dans « les prêts bonifiés aux P.M.E. »... il est vrai de plus en plus rares.

Dès lors que ce bien concourt à l'exercice de l'activité économique largo sensu de l'entreprise, il est d'équipement et répond à la condition sus-rappelée. Une difficulté subsisterait néanmoins. Elle résiderait dans sa comptabilisation : est-il « immobilisable » à l'actif du crédit-bailleur et « amortissable » par lui ? Ne doit-on pas l'appréhender — comme une simple créance et le traiter comme un prêt d'argent à intérêts ? Une réponse a certes été donnée par le législateur dans sa loi du 9 juillet 1984 sur l'immobilisation et l'amortissement des logiciels. Mais, en ce qu'elle se limite à ce type de bien, elle est partielle et accrédi terait la thèse contraire.

Peut-il être acheté ainsi que le veut la loi du 2 juillet 1966 ?

Dès lors que les constructeurs imposent aux utilisateurs le cadre juridique de la concession d'usage, le financement des logiciels par crédit-bail devient, de ce fait, mais a priori (voir supra), impossible faute d'accomplissement de la condition d'achat, à moins de recourir au démembrement de la propriété en nue-propriété et usufruit ou à la dissociation de la propriété en propriété économique cédée au crédit-bailleur et en propriété juridique conservée par le concédant ?

II. — LA DYNAMISATION FINANCIÈRE DE L'IMMATÉRIEL

— Pour éviter ces obstacles légaux et contractuels ? La solution est assurément dans la dynamisation financière de l'immatériel, s'appuyant sur la volonté créatrice des protagonistes, la liberté contractuelle.

Elle apparaît d'une part, dans l'évolution des concepts et de la technique financière (A) et, d'autre part, dans une plus grande implication du financier dans l'activité immatérielle allant jusqu'au partenariat (B).

A. L'ÉVOLUTION DES CONCEPTS ET DE LA TECHNIQUE FINANCIÈRE

— L'évolution des concepts et de la technique financière, favorisée par une dynamisation du marché financier, de la concurrence (40) et de l'imagination créatrice (41), est assurément en cours tant en matière de crédit (1°) que de crédit-bail (2°).

1° Au plan du crédit

— Cela est vrai des concepts. L'immatériel doit être, d'une part, considéré et est considéré comme un investissement ou un quasi-investissement (42) — c'est à dire comme une véritable richesse à long terme de l'entreprise dont il développe la capacité économique —, d'autre part, intégré à « la réalité patrimoniale de l'actif incorporel » (43), enfin apprécié par le banquier

(40) Marie-Jeanne Pasquette, *Management, Prêt à financer : le défilé de printemps*, in *L'Usine Nouvelle*, 12 mars 1987, p. 82-83.

(41) Par exemple : sur les « bull and bear bonds » : Claude Duflo et Michel Karlin, *Une innovation financière internationale récente*, in *La revue Banque*, 1987-824.

(42) Dès lors que leurs incidences sont incertaines et qu'ils n'ont « ni la permanence, ni la fréquence, ni la reproductibilité des investissements physiques » : Jean-Luc de Boissieu, *Le financement de l'immatériel*, in *Commissariat Général du Plan, Investissement non matériel et croissance industrielle*, préc., p. 119.

(43) Sur cette réalité : Eugène Sage, *Comment évaluer une entreprise*, Sirey, 1977, p. 60-84, cité par Alain Marion, *Problématique financière de l'investissement immatériel*, 72,

qui, d'ailleurs, en a découvert les vertus et valeurs pour lui-même, suivant la méthode du goodwill qui valorise les actifs incorporels de l'entreprise en adoptant « une conception fonctionnelle de la rentabilité qui permet d'affirmer qu'une entreprise est rentable dès lors qu'elle est à même de supporter financièrement un ensemble de dépenses considérées comme nécessaires au maintien, voire au renforcement de sa capacité économique » (44).

— La technique financière évolue vers la globalisation de l'investissement et l'Assurance largo sensu.

Par la globalisation de l'investissement, le banquier finance tant le matériel que l'immatériel (45). C'est ainsi qu'est accordée une ligne de crédit pour couvrir les charges courantes assorties d'une garantie, ou un crédit d'investissement à moyen ou long terme englobant l'équipement et les frais de formation du personnel, de restructuration du service... ; que la Caisse centrale du Crédit Coopératif, le C.E.P.M.E., le Crédit National et les S.D.R. financent l'effort d'investissement affecté aux études et dépenses de marketing (approches-marché, création de réseaux commerciaux...), à l'exclusion des fonds de roulement et des achats de fonds de commerce, à hauteur de 30 à 70 % de son montant ; que les Sofergies incluent dans la base locative de leurs opérations les frais d'études jugés indispensables (46). Une grande banque d'affaires (Le Crédit Lyonnais) proposerait prochainement un « crédit encore plus global » couvrant « le matériel, l'immatériel, l'immobilier, l'investissement à l'étranger et le besoin en fonds de roulement à moyen terme » (47). Une autre banque (le C.C.F.), avec son « global équipement », offre un crédit, soit à taux fixe, soit à taux indexé sur le taux de base bancaire, soit à taux mixte : fixe la première année, variable ensuite (48).

Les vertus de l'Assurance sont redécouvertes : De très nombreuses conventions avec la Société Française pour l'Assurance du Capital Risque —Sofari— (49) dont l'objet est le financement des P.M.E. en capitaux à risques et création d'entreprises et l'octroi de garanties se situant entre 40 à 75 % du montant de l'investissement, moyennant perception d'une commission, transfèrent 50 % du risque — principal et intérêt conventionnels dus par l'emprunteur — à cet organisme — qui bénéficie au prorata de ses engagements des sûretés réelles ou personnelles obtenues — (50) dès lors que l'investisse-

Analyse financière, 1987, p. 79 ; Cf. également : Michel Glais, *Le diagnostic financier de l'entreprise*, Economica, 1984, Marie-Claire Sebag, *La compétitivité immatérielle*, in *La Tribune de l'Économie*, 17 février 1987.

(44) Alain Marion, *Problématique financière de l'investissement immatériel*, in *Analyse financière*, 1^{er} trimestre 1987, p. 78.

(45) Les méthodes d'appréciation du risque sont en évolution. Une des techniques présentement utilisées est celle de la projection de cash-flow...

(46) L. n° 80-531 du 15 juillet 1980 ; D. n° 81-37 du 20 janvier 1981 ; J.O. 21 janv. 1981.

(47) Marie-Jeanne Pasquette, *Prêt à financer : le défilé de printemps* in *L'Usine Nouvelle*, 12 mars 1987, p. 83.

(48) Marie-Jeanne Pasquette, *Prêt à financer... préc.*, in *L'Usine Nouvelle*, p. 83.

(49) Elle fut créée en décembre 1982 entre l'État (34 % du capital), la communauté bancaire et financière (45 % du K.) et les organismes d'assurances (21 %). Son capital est de 114,5 millions de francs. Elle dispose de 272 millions de fonds de réserve et de 1 084 millions de francs de fonds de garantie.

(50) C'est ainsi que : la B.N.P., avec son produit « Idée », finance sur 2 à 5 ans, 70 % du montant global de l'investissement à taux fixe avec la garantie Sofaris ; que le C.C.F. avec son « global équipement » consent à son client, avec la même garantie Sofaris, un prêt amortissable sur 2 à 5 ans couvrant l'immatériel et/ou le matériel jusqu'à 2 millions de F ; qu'avec la même garantie, le crédit du Nord accorde jusqu'à 100 % du montant de l'investissement immatériel sous forme d'un prêt appelé « Nord Développement », remboursable sur 2 à 5 ans avec une franchise d'une année... Sur d'autres exemples : Anne-Sophie Sicard, *Investissements immatériels, Le financement facilité*, in *Tertiel*, n° 20, déc. 86-janv. 87, p. 63 ; Marie-Jeanne

ment est exceptionnel et donne lieu à facturation externe (51) (52).

La mutualisation du risque est également réalisée. En décembre 1986, fut créée par plusieurs banques (Compagnie Financière de Suez, le C.E.P.M.E., Indosuez, C.I.C., Société Générale...), des professionnels de l'informatique, une société de caution mutuelle —Sicama— de des assureurs, la Société de Financement pour la Modernisation et la Distribution et la Garantie informatique —Caumutique— dont l'objet est, entre autres, après étude de la faisabilité de l'opération, et pour les progiciels, avis du C.X.P. et présentation du dossier à l'organisme distributeur de crédit ou de crédit-bail choisi, de « *garantir les concours financiers (crédit, location financière dont le crédit-bail) obtenus près les établissements de crédit pour le compte de ses clients, dans le cadre de tout programme d'informatisation* » y compris les logiciels, avec l'aval du C.E.P.M.E. Toutes les opérations sont assorties d'un contrat d'assurances dit « tous risques sauf » couvrant les vols, reconstitution d'archives, indisponibilité temporaire du système, bris de machine et même le sabotage par les salariés (53) (54).

Par ailleurs, le Fonds de Garantie pour la Maîtrise de l'Énergie —Fogam— géré par le C.E.P.M.E. et doté par l'État, garantit jusqu'à 50 % de l'investissement, dans la limite de 50 millions de Francs, les prêts à moyen et long terme et le crédit-bail pour l'économie d'énergie.

Enfin, sont constitués des fonds de garantie internes pour faire face aux risques liés à l'immatériel.

2° Au plan du crédit-bail

— Cela est vrai des concepts. Au plan contractuel pour les logiciels, l'obstacle artificiel de la concession d'usage (55) doit être levé dès lors que la protection des constructeurs est désormais assurée par la loi n° 85-66 du 3 juillet 1985 et, si elle est adoptée, la proposition de loi Godfrain sur le vol de logiciel et l'abus de confiance lorsqu'il y a détournement ou dissipation des données ou programmes enregistrés.

Ceci est d'autant plus nécessaire qu'à notre avis, le contrat dit « de concession d'usage » s'analyse stricto jure comme une vente, dès lors que la redevance est

unique, qu'elle est payée à la livraison, qu'elle recouvre le prix de revient, les frais de commercialisation et le bénéfice fixé et que la durée du contrat est égale au temps nécessaire à la destruction de l'utilité du logiciel (56) (57).

— Cela est aussi vrai de la technique financière.

Les logiciels et progiciels doivent être considérés comme des biens meubles, même corporels (58).

A cet égard, si le logiciel professionnel ou industriel équipe le matériel et apparaît comme étant l'accessoire de celui-ci, il doit, en principe, en suivre le régime juridique, fiscal et comptable (59). C'est ce que précise, par exemple, l'instruction des douanes n° 4652 du 13 juin 1985 sur la base d'imposition à la T.V.A. à l'importation de ces biens (60).

Dès lors qu'il est primordial dans la configuration information, « existe (même) indépendamment des supports utilisés pour le transporter » (61) — bien souvent d'ailleurs, son montant dépasse nettement le prix du matériel (62) — et occupe, dans l'ensemble, la position principale, son régime est déterminé dans les prévisions de l'article 236 nouveau du C.G.I.

Le logiciel seul, c'est-à-dire l'idée (concept...) domestiquée, emprisonnée dans un disque, bande, programme... obéit, quant à lui, à l'article 4 de la loi du 9 juillet 1984 (art. 236 nouveau C.G.I.) qui autorise l'amortissement en totalité du coût de revient dès la fin de la période des 11 mois consécutifs suivant le mois de son acquisition (63).

D'ailleurs, à cet égard, pour le Conseil d'État, « le résultat d'études et de recherches ou la maîtrise d'un procédé technique... acquis... doit être regardé comme un élément incorporel immobilisé... inscrit à l'actif... et peut faire l'objet d'amortissement s'il est normalement

(56) El-Mokhtar Bey, le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel : *Gaz. Pal.* 1985.2. doctr. 396. ; El-Mokhtar Bey, Rapport sur le financement des utilisateurs de progiciels : les techniques découlant de la location financière, la réglementation bancaire, au colloque organisé en mars 1987 par la Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International — Feduci — et la L.G.D.J., Ressources/temps réel, n° 30, mai 1987, p. 93.

(57) Sur la problématique de la qualification de vente : Jean-Louis Goutal, note sous Paris, 5^e Ch. B, 4 janv. 1980 : *J.C.P.* 1982. II.19734.

(58) Cf. El-Mokhtar Bey, Rapport sur la réglementation bancaire dans la location financière de logiciels, Feduci, Ouvrage collectif sur le financement des logiciels : Journée du 20 mars 1987, L.G.D.J., à paraître.

(59) Cf. El-Mokhtar Bey, rapport préc.

(60) L'instruction des Douanes n° 4652 du 13 juin 1985 rappelle que la base d'imposition à la T.V.A. à l'importation est pour les logiciels standard ou d'emploi généralisé pour lesquels l'élément intellectuel et le support matériel sont indissociables, la valeur totale, peu important qu'ils soient destinés à l'usage des particuliers ou des entreprises en vue de la revente ou de la location à d'autres utilisateurs.

(61) Olivier Callies, Le logiciel : nature juridique et taxation en douane, *Rev. Jur. com.*, 1982-285.

(62) Danielle Chasport, L'important c'est le logiciel, in *Les Échos Spécial Sicob*, 6 avril 1987, p. 13. Le prix d'un logiciel peut aller de 100 F pour un logiciel de jeux, 1 000 F pour un logiciel de type tableur ou traitement de texte sur micro-ordinateur, à 500 000 F ou 1 million de francs pour certains systèmes de gestion de base de données (S.G.B.D.).

(63) Art. 236 nouveau C.G.I., précité. Suivant l'article 4 de la loi du 9 juillet 1984 (art. 236 nouveau C.G.I.) :

« Lorsqu'une entreprise acquiert un logiciel, le coût de revient peut être amorti en totalité dès la fin de la période des onze mois consécutifs suivant le mois de cette acquisition.

Cet amortissement exceptionnel s'effectue au prorata du nombre de mois restant à courir entre le 1^{er} jour du mois à la date d'acquisition du logiciel et la clôture de l'exercice ou la fin de l'année. Le solde est déduit à la clôture de l'exercice suivant ou au titre de l'année suivante... » (D.G.I., Inst. du 12 octobre 1984).

Pasquette, Prêt à financer..., préc., p. 83 ; Marie-Claire Sebag, Le financement des investissements incorporels, La compétition immatérielle in *La Tribune de l'Économie*, 17 fév. 1987.

(51) C.P.E., Étude 71, préc., p. 73.

(52) Les concours garantis par Sofaris doivent avoir pour objet principal le financement des dépenses d'acquisition de brevets et licences, de logiciels et progiciels, des frais d'études et d'organisation, des dépenses de formation non couvertes par le 1,5 % formation, des frais de recrutement, des dépenses publicitaires à caractère exceptionnel, des investissements commerciaux en France et à l'étranger (prospection, études de marché, constitution et acquisition d'un réseau commercial...), de toutes dépenses liées au lancement d'un nouveau produit.

(53) C.P., Caution mutuelle informatique. La création de caumutique, in *O1 Informatique*, 1^{er} février 1987 ; Caumutique : un nouveau financement de l'informatique, in *Distributive*, juillet-août 1987.

(54) La sécurité informatique préoccupe sérieusement les entreprises : Reportages, La sécurité informatique, extrait de la *Revue Technique Apave*, n° 236, 1987 ; J.-M. Lamère, Y. Leroux, J. Tourly, La sécurité des réseaux : outils et méthodes, Dunod, 1986 ; J.-M. Lamère, La sécurité informatique : approche méthodologique, Dunod, 1985.

(55) Au plan général, sur une critique des contrats informatiques : Expertises des systèmes d'information, n° 4, janv. 1979, p. 11. Sur le contentieux en la matière : Cf. Expertises-Jurisprudence, par exemple n° 36-37 de janv.-fév. 1982 ; Philippe Le Tourneau, obs. sous Paris, 5^e Ch. B, 4 janv. 1980 et 24 janv. 1980 : *Rev. Jur. Com.* 1980-260.

prévisible qu'il cessera nécessairement d'être utilisable à une date déterminée... Tel est le cas d'un programme informatique » (64) (65).

Une limite cependant : l'immatériel à l'état pur, l'idée naissante, encore à la recherche de sa logique, d'ailleurs insusceptible d'appropriation et de protection (66), comme une dépense de formation, immatérialisable par nature..., ne peut faire l'objet de crédit-bail.

— Telle est l'évolution des conceptions et de la technique financière. Mais, en ce qu'elle est une étape dans le processus de dynamisation de l'immatériel, elle est déjà dépassée. Tout tend, en effet, vers une plus grande implication du financier (dans le produit) alors portée vers le partenariat.

B. L'APPARITION DU PARTENARIAT

— Au plan plus général se développe une association d'intérêts et de compétence entre le fournisseur ou l'utilisateur « d'immatériels » et le financier alors de plus en plus impliqué dans le risque (1°). Le législateur envisage même la création, entre « apporteurs de capitaux et de compétences », d'un type particulier de personne morale : « l'entreprise à partenariat évolutif » (2°).

1° Une implication plus marquée dans le risque.

— Suivant M. Louis Gallois, Directeur Général de l'Industrie (67), entre le financier et son client, « le dialogue qui était de caractère patrimonial doit devenir partenarial ». Cette politique souhaitée est désormais inscrite dans les faits.

Le banquier, en effet, accorde plus de confiance au crédit et s'implique de manière plus affirmée au plan des risques par : d'une part, une participation dans le capital du fournisseur et d'ailleurs en même temps consommateur d'immatériel dont il renforce ainsi les fonds propres (a) et, d'autre part, l'exploitation de la technique du prêt participatif (b).

a) La prise de participation

— Dans trois domaines du tertiaire industriel, le financier a pris des participations (68) dans le capital des sociétés d'ingénierie et de conseil.

(64) La période d'amortissement doit être déterminée, dans le respect des règles gouvernant la charge de la preuve, d'après la date à laquelle, compte tenu de l'évolution prévisible des conceptions et des techniques, l'une ou l'autre des utilisations sus-mentionnées cessera nécessairement de répondre aux besoins de l'entreprise ou à ceux de sa clientèle », C.E., 8^e et 7^e sous-sect., 22 fév. 1984, Req. 39535, S.A. Sosi, Dt Fisc. 1984, n° 27, Comm. 1300, Concl. Verry ; R.J.F., p. 213 ; J.C.P. 1984.I.13406.

(65) Les dépenses de transposition de programmes informatiques sont assimilées à des dépenses d'acquisition de logiciels : C.E., 7^e, 8^e et 9^e sous-sect., 6 décembre 1985, Req. n. 53001, J.C.P. E. 1986.II.14795, note D.F. et concl. du Commissaire du Gouvernement M^{me} Latournerie.

(66) Cependant : Pierre Greffe et Francis Greffe, La publicité et la loi, 6^e éd., Litec, 1987, Section 3, La protection de l'idée publicitaire, p. 189-196.

(67) Interv. au colloque du 16 janvier 1986 sur la modernisation de l'industrie, ses outils financiers, organisé par Locafrance et Credimo, et dirigé par Philippe Sassier d'Antenne 2.

(68) Il crée parfois des sociétés spécialisées dans le financement des créateurs d'entreprises innovatrices... Sur un exemple : cf. Le Crédit Lyonnais et le haut de bilan des P.M.E., in La Tribune de l'Économie, 30 juin 1987, p. 8.

. Dans la communication et l'audiovisuel allant de la radio locale à la régie publicitaire, les banquiers investissent. Indosuez est dans le capital de TF1 et, avec Paribas et Havas dans celui de M6. Les banques de dépôts avec le Crédit Agricole s'intéressent également au secteur. Plus de 20 % du capital de Havas est détenu par les banquiers (69).

La conséquence est, outre l'apport de fonds propres, d'une part le développement d'une politique intéressée de prêts plus souples à taux préférentiels, d'autre part une meilleure connaissance du milieu permettant au banquier de proposer de nouveaux produits adaptés, comme « Images Investissement » de la Banque Worms qui a apporté son concours à plus de 300 entreprises du secteur de la communication (70).

. En matière informatique, toutes les grandes banques comme la B.N.P. avec Steria, Paribas avec Sema Metra, La Générale avec Cap Sogeti, Le Lyonnais avec Sligos... (71), sont actionnaires des sociétés de service et d'ingénierie informatique (S.S.I.I.).

. En matière de formation, Le Lyonnais est actionnaire de Sligos. I.G.F. (Innovation et Gestion Financière), société d'investissement, détient 29 % du capital d'Ecofor (centre de formation multisecteur). Une banque populaire est dans celui de Forbisc. Des sociétés de crédit-bail ont créé des organismes de formation comme F.C.C. avec Locafrance ; Ufra-Service avec UFB-Loca-bail...

L'intérêt du banquier pour l'immatériel se manifeste ainsi dans la prise de participation dans le capital des fournisseurs d'immatériels (72).

b) Les prêts à risque

— Exploitant les ressources de la loi du 13 juillet 1978 (73) relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, les banquiers accordent pour la réalisation des programmes d'investissement, le développement et même de croissance (prise de participation) des prêts participatifs et envisagent d'intervenir encore plus activement dans les secteurs de l'immatériel avec le prêt à marque participante.

Le prêt participatif est un prêt à long terme à taux variable en fonction des résultats de l'entreprise. Il est assimilé à des fonds propres ou quasi-fonds propres de l'entreprise couvrant des quasi-investissements, n'a pas d'affectation spéciale, n'est pas immédiatement rémunéré, n'est pas assorti de garantie et vaut créance de dernier rang. C'est un fond à risque. Mais, ce risque est grandement tempéré par la création du fonds de garantie dans le cadre des sociétés de caution mutuelle couvrant le risque du financier à hauteur de 75 % (74).

(69) En mai 1987, le capital de Havas était détenu à raison de 5 %, 4 %, 4 %, 2,6 %, 2,5 % et 2,5 % par respectivement : La Caisse des Dépôts, Paribas, la Société Générale, la B.N.P., le Crédit Agricole, la Société Générale de Belgique.

(70) Pierre-Angel Gay, Les banquiers saisis par le show-biz, in Le Monde des Affaires du 6 juin 1987, p. 10.

(71) Adde, S.G.2 pour la Générale ; Asystel pour le C.C.F. ; G.C.A.M. pour la Caisse des Dépôts ; Promotec pour Sipareix...

(72) La technique du « Leverage management buy out » — L.M.B.O. — peut constituer une solution aux problèmes du financement de la création, dans la mesure où, en substance, le financier qui souscrit au capital du holding accordera aux repreneurs, par exemple créateurs d'immatériels, les prêts nécessaires à l'achat des titres de l'entreprise reprise. La loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 (J.O. 11 juillet 1984) accorde d'ailleurs des avantages fiscaux à la société holding et aux collaborateurs de la société reprise, repreneurs.

(73) L. n° 78-741 du 13 juillet 1978 : J.O. du 14 juillet 1978.

(74) Les sociétés de caution mutuelle n'interviennent cependant que si le bénéficiaire du prêt réalise un chiffre d'affaires inférieur à 350 millions de francs (H.T.) ou dispose d'un effectif

S'inspirant du prêt participatif classique, « le prêt à marge participante » du Crédit National, en voie de finalisation, est rémunéré par l'application d'un taux d'intérêt composé avec une partie fixe et une autre variable mais en fonction des performances de l'investissement réalisé.

Un autre prêt à taux variable est, à la demande de l'emprunteur formulée durant les 18 premiers mois, converti à taux fixe (75).

— Le banquier prend ainsi — la concurrence aidant — de plus en plus de risque. Par là, il aura tendance à se comporter en véritable associé, participant aux résultats de l'entreprise et intervenant directement dans sa gestion, au risque d'engager sa responsabilité civile notamment en cas de dépôt de bilan.

2° L'entreprise à partenariat évolutif

— C'est une évolution naturelle, d'ailleurs inscrite dans la proposition de loi Laffitte de 1986 (76) sur l'entreprise à partenariat évolutif, qui aurait été inutile si l'apport en industrie était juridiquement efficient.

Les entreprises à partenariat évolutif (sont) caractérisées par la libre négociation entre apporteurs de compétences et de capitaux », les premiers apportant leurs propres compétences et inventions financièrement évalués, les seconds l'argent frais tel qu'il est déterminé par le plan de développement.

Le statut de la société de partenariat est la société anonyme (art. 2).

Les rapports des parties, notamment « l'évolution de leurs droits et devoirs au fil du temps en fonction des prévisions », sont fixés dans le « contrat institutif ».

Ce caractère évolutif est perdu lors de l'introduction en course ou de l'appel public à l'épargne (art. 4).

— Cette structure pourrait assurément être évitée si l'apport en industrie était autorisé dans les sociétés de capitaux. Or, tel n'est pas le cas en raison, d'une part, de l'impossibilité d'apport immédiat de toutes les prestations intellectuelles promises qui présentent un caractère successif, d'autre part, de la rémunération d'icelles par des actions de capital qui représentent des valeurs inventoriées constituant le gage des créanciers.

Ces interdits juridiques, conceptuellement archaïques parce que fondamentalement liés à une appréhension dépassée de la valeur, peuvent être — à notre sens — levés si le travail de l'homme est, d'une part, considéré comme un capital productif notamment dans l'évalua-

tion des entreprises par la méthode du Goodwill, d'autre part, mesurable comme le révèlent les travaux du P^r Henri Savall et de l'Institut de Socio-Économie des Entreprises et des Organisations — I.S.E.O.R. — de Lyon (77).

Cette vision de l'investissement humain est d'ailleurs appelée par le traitement de la comptabilité qui, sous l'influence de la doctrine américaine est aussi appréhendée « comme un instrument de communication externe qui doit exprimer la réalité économique sous-jacente plutôt que l'apparence juridique... » ; ce qui intègre manifestement le capital humain (78).

— L'immatériel devient un élément essentiel de la compétition économique.

Le banquier ne pouvait l'ignorer. Il l'avait boudé à l'origine par suite d'une appréciation aujourd'hui dépassée du risque, mais, il est vrai, quelque peu imposée par des contraintes légales et le flou de la matière.

— Cependant, l'environnement juridique ayant évolué, non seulement il remplit à l'égard du demandeur de crédit lato sensu son rôle de financier agissant toujours avec la prudence qui s'impose (garanties), mais encore, s'impliquant de plus en plus dans les institutions, il évolue vers le partenariat.

Le crédit-bailleur lui-même ne considère plus, dans ce domaine, comme déterminant son droit de propriété sur le bien crédit-bailé. Il l'appréhende, au plan financier, comme un simple droit de créance.

**

Cette évolution, cette ingénierie financière, reflet du changement des mentalités et des attitudes, peut être sous l'effet de la concurrence, de l'abondance de l'offre avec les aides à l'innovation de l'Anvar (79), de l'Agence de l'Informatique -A.D.I.—, du Ministère de la Recherche.... les aides fiscales par le crédit d'impôt (80) ou par l'amortissement (81).... les bonifications d'intérêts dans « les prêts bonifiés aux P.M.E. », il est vrai de plus en plus rares, et de la compétition européenne et internationale, est assurément annonciatrice de la « Banque de demain » (82).

(77) Cf. par exemple : Henri Savall et Véronique Zardet, *Maîtriser les coûts cachés. Le contrat d'activité périodiquement négociable*, Economica-Gestion, 1987.

(78) Georges Dominjon, *Président de l'Académie de Comptabilité. La doctrine comptable a-t-elle une patrie ?*, in *Le Figaro Économie*, 21 mai 1987, p. 25.

(79) Notamment, par la procédure du « recours aux services » de techniciens extérieurs en matière de propriété industrielle, D. n° 79-616 du 13 juillet 1979, J.O. 20 juillet 1979. Signalons la procédure Puce réservée à l'innovation en matière de micro-électronique. Sur la convention Anvar et Innovest : *La Tribune de l'Économie*, 30 juin 1987, p. 3. Sur le crédit-bail — procédure F.I.M. —, extension au financement du tertiaire industriel : A.S.F. Communication du 28 avril 1986.

(80) Par exemple : L. de finances pour 1983, art. 67.

(81) Par exemple : L. n° 525 du 3 juillet 1979. Cet avantage est remplacé par la réduction de l'impôt sur les sociétés qui est passé de 50 à 45 %.

(82) Sur la banque de demain : défis et propositions, cf. Dominique Chatillon et Charles Riley, *Petit-déjeuner-débats à l'hôtel Royal Monceau*, 11 juin 1987.

de moins de 500 salariés : les fonds ne sont pas destinés à consolider une situation financière acquise : la durée du prêt est de 9 à 12 ans avec 3 ans de franchise de remboursement.

Le prêt peut être soit à taux variable avec une partie fixe égale à 75 % environ (du taux) mais à durée fixe, soit à taux fixe mais à durée variable.

(75) Marie-Jeanne Pasquette, *Prêt à financer : Le défilé de printemps*, in *L'Usine Nouvelle*, 12 mars 1987, p. 82.

(76) Proposition de loi tendant à créer des entreprises à partenariat évolutif caractérisées par la libre négociation entre apporteurs de compétences et de capitaux, présentée par Pierre Laffitte, Sénat, n° 465, P.V. séance du 22 juillet 1986.

■ ASPECTS FISCAUX

Jean-Luc PIERRE
Conseil juridique et fiscal,
Cabinet Coopers & Lybrand Conseils

Dans le cadre de ces journées de Montpellier sur l'entreprise, l'information et le droit, nous allons maintenant examiner quels sont les freins éventuels à la valorisation de l'information sur le plan fiscal.

Cette question peut être abordée d'un double point de vue qui correspondra au plan de cet exposé.

I. — EN PREMIÈRE PARTIE DE CET EXPOSÉ, NOUS ALLONS VOIR QUE LE RÉGIME FISCAL APPLICABLE SE CARACTÉRISE DEPUIS PLUSIEURS ANNÉES PAR LES INCITATIONS À LA RECHERCHE ET AU DÉVELOPPEMENT TECHNOLOGIQUE, DONC AUX DÉCOUVERTES D'INFORMATIONS TECHNIQUES

• Une première constatation que l'on peut faire est que les aspects fiscaux favorables sont globalement très significatifs.

— Examinons tout d'abord le régime de fiscalité des inventeurs personnes physiques : celui-ci apparaît extrêmement favorable par rapport aux autres régimes fiscaux applicables aux particuliers. Vous savez que de 1948 jusqu'à 1976, les inventeurs personnes physiques pouvaient, sous certaines conditions, bénéficier d'une exonération fiscale totale pour les produits qu'ils tiraient de l'exploitation de leurs brevets. Ce régime a été supprimé à la fin de 1976 et remplacé depuis par un régime relativement uniformisé de taxation au taux proportionnel de 11 % ou de 16 % des produits tirés par les particuliers de la cession ou de la licence de brevets ou de savoir-faire.

— En ce qui concerne les sociétés, celles-ci bénéficient également d'un régime très favorable, proche de celui des particuliers. En effet, dans la quasi-totalité des cas de cession ou de licence de brevets, de procédés ou de techniques (c'est-à-dire de savoir-faire), les sociétés bénéficient d'une imposition au taux proportionnel de 15 %. Ce taux de 15 % correspond au taux d'imposition des plus-values à long terme des sociétés.

— Le troisième aspect favorable en matière fiscale est celui des droits d'enregistrement. Ce régime, applicable depuis 1958, est le suivant :

Les cessions de brevets bénéficient, dans tous les cas, d'un assujettissement au droit fixe au lieu du droit proportionnel de 16,60 % applicable aux cessions de fonds de commerce.

On voit que ce régime est très favorable puisque, à défaut d'un texte spécifique prévoyant l'imposition au seul droit fixe, les brevets cédés déjà exploités antérieurement devraient être soumis au droit proportionnel d'enregistrement de 16,60 %, de la même façon que s'il s'agissait d'une cession de clientèle ou d'autres éléments de fonds de commerce.

Le régime applicable, en matière d'enregistrement, aux cessions de savoir-faire (c'est-à-dire de procédés ou de techniques, puisque dans ces développements relatifs aux incitations à la recherche et au développement, le savoir-faire est abordé seulement en ce qu'il

recouvre le savoir-faire technique), est lui plus complexe et quelque peu moins favorable.

Une cession de savoir-faire non exploité bénéficie en général de l'imposition au droit fixe, de la même façon donc qu'une cession de brevet. Toutefois, l'administration a prévu que ce régime de quasi-exonération fiscale ne saurait s'appliquer à une cession de savoir-faire non exploité lorsque ce savoir-faire est cédé concomitamment à un fonds de commerce. Dans cette situation, l'ensemble de l'opération est soumis au droit proportionnel d'enregistrement des cessions de fonds de commerce : le régime d'imposition est ainsi identique à celui d'une cession de savoir-faire exploité.

• Après avoir vu les aspects fiscaux favorables à la valorisation de l'information, nous allons maintenant voir en quoi des adaptations de portée relativement limitée devraient à notre avis être apportées aux régimes fiscaux actuellement applicables.

— En premier lieu, il nous semble que le régime fiscal du savoir-faire ne suit pas suffisamment celui des brevets, ce qui peut créer certaines distorsions dans l'exploitation de ces éléments incorporels. Nous allons prendre deux illustrations pour développer cette idée :

- La première illustration est la suivante : elle concerne la position de la Direction générale des impôts à propos des formules de fabrication (par exemple, formules de fabrication pharmaceutiques).

L'administration considère actuellement que des cessions ou des licences de formules de fabrication, effectuées par des particuliers, n'entrent pas dans le champ d'application du régime fiscal des cessions de savoir-faire, c'est-à-dire selon l'administration, des cessions de procédés et de techniques. Sans entrer dans le cadre de ce débat très technique et qui a des origines largement historiques, cette position nous apparaît quelque peu critiquable tant d'un point de vue économique que d'un strict point de vue d'analyse juridique.

On peut penser, ou tout au moins espérer, compte tenu notamment de la prise de position de la jurisprudence à cet égard, que la Direction générale des impôts elle-même sera amenée, dans un avenir point trop lointain, à réviser sa position et donc à permettre notamment l'imposition au taux proportionnel de 11 % ou de 16 % pour les cessions et licences de formules de fabrication par des particuliers.

- Le second exemple que nous proposons pour montrer qu'à certains égards, le régime fiscal du savoir-faire n'est pas suffisamment proche de celui des brevets, est le suivant. Cet exemple est le prolongement de l'idée que nous avons formulée un peu plus haut, en ce qui concerne le régime des droits d'enregistrement applicable aux cessions de savoir-faire non exploité lorsque de telles cessions sont concomitantes à la cession d'un fonds de commerce.

Nous avons vu que dans une telle situation, l'administration ne retient pas l'application du droit fixe d'enregistrement, donc de l'imposition selon des règles favorables, car elle considère que le régime fiscal à appliquer est le même que celui d'une cession de fonds de commerce, à savoir imposition au taux de 16,60 %.

Il nous semble que, s'agissant d'une prise de position administrative, les services centraux pourraient légèrement modifier celle-ci, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à l'intervention du législateur, en prévoyant la distinction suivante, en matière de cession de savoir-faire technique : toute cession de savoir-faire technique non exploité, donc non assorti directement d'une clientèle, serait soumise au droit fixe d'enregistrement, et toute cession de savoir-faire exploité serait soumise au droit proportionnel de 16,60 %.

Nous venons de voir que le régime fiscal du savoir-faire ne suit pas toujours suffisamment celui des brevets.

— Nous proposons maintenant, toujours dans le cadre des suggestions d'adaptations de portée relativement limitée, donc d'adaptations purement techniques, certains changements au niveau des textes en ce qui concerne les cessions et licences de brevets et de savoir-faire.

En matière de brevets et de savoir-faire, il conviendrait en effet, à notre avis, de supprimer certaines incertitudes relatives au régime de fiscalité directe des cessions et licences d'exploitation de ces éléments incorporels.

Le but de ces journées de Montpellier n'est pas d'étudier de façon approfondie les aspects juridiques de l'information ; aussi, n'allons-nous pas étudier le détail technique de la proposition suivante :

Il est regrettable que l'administration, dans certaines situations, assimile les licences exclusives de brevets ou de savoir-faire à des cessions des mêmes droits, et que dans d'autres situations recouvrant elles, à la différence des premières qui visent les aspects fiscaux applicables aux entreprises qui acquièrent ou qui deviennent concessionnaires de ces éléments incorporels, les bénéficiaires des redevances de cession de brevets ou de savoir-faire, ces bénéficiaires soient imposés non pas comme s'ils cédaient ces éléments incorporels, ce qui est la réalité juridique de ces situations, mais de la même façon que s'ils concédaient ces mêmes droits.

Cette requalification juridique par l'administration fiscale a les effets suivants. En matière de licence exclusive, le concessionnaire peut se voir refuser éventuellement la déduction des redevances versées si celles-ci ont été traitées par lui, ce qui apparaît comme le régime applicable dans la généralité des cas aux licences, comme des charges déductibles : l'administration, estimant parfois que les redevances versées ont la même nature que des redevances d'acquisition de brevets ou de savoir-faire, exige alors l'immobilisation et l'amortissement de ces droits, et rejette la déduction des versements correspondants qui ont été traités comme des charges immédiatement déductibles.

En matière d'exploitation de brevets ou de savoir-faire, l'assimilation par l'administration des cessions moyennant redevances à des licences entraîne, dans la situation où l'entreprise cédante et l'entreprise concessionnaire ont des liens de dépendance, l'application du taux ordinaire d'imposition, soit 45 %, le bénéfice du taux réduit de 15 % étant en effet refusé.

— Il serait par ailleurs selon nous souhaitable de supprimer certaines incertitudes relatives au régime de fiscalité directe des produits d'exploitation de logiciels.

Le Service de la législation fiscale a en effet annoncé, lors d'une conférence organisée par l'Institut français des conseils fiscaux en novembre 1985, que le régime prévu par l'administration et publié dans une réponse ministérielle de 1976 (Rép. Min. de Bénouville) ne s'appliquait plus par suite du vote de la loi sur les logiciels assimilant ceux-ci, avec certaines particularités, aux droits d'auteurs.

L'administration a ainsi annoncé, lors de cette conférence, qu'elle abandonnait l'assimilation sur le plan fiscal des cessions ou autres modes d'exploitation de logiciels à des cessions ou licences de savoir-faire,

assimilation qui, en matière de fiscalité directe, permettait de bénéficier dans de nombreux cas du taux réduit d'imposition que l'on a vu précédemment.

A l'heure actuelle toutefois, la réponse ministérielle de Bénouville est à notre connaissance toujours insérée dans la documentation administrative, et par conséquent toujours applicable. On voit donc l'ambiguïté qui existe actuellement en matière de fiscalité directe des logiciels : d'un côté l'administration a annoncé son intention d'abroger cette position exprimée dans la réponse ministérielle de Bénouville ; de l'autre, cette réponse ministérielle continue, tant qu'elle est insérée dans la documentation administrative, à être opposable (au moins en ce qui concerne les cas semblables à celui qu'elle concerne) à l'administration.

— La dernière proposition de réforme limitée que nous formulons concerne le mode d'imputation de charges relatives à des contrats de transfert de technologie pour lesquels les produits sont imposables à taux réduit. On a vu tout à l'heure, dans le cadre de l'exposé de M. Bey, que les dépenses de recherche peuvent être immédiatement déduites par les entreprises de leur résultat.

Le régime de déduction de dépenses, qui ne sont pas, au sens strict, des dépenses de recherche mais qui sont des dépenses liées à l'exploitation de contrats de transfert de technologie générant des produits imposables au taux réduit de 15 %, est lui tout à fait indéterminé. Aussi, serait-il souhaitable que l'administration prenne position à cet égard et indique si ces charges sont déductibles des seuls produits imposables au taux réduit de 15 %, ou si elles peuvent être déduites de l'ensemble des résultats de l'entreprise, imposables au taux de droit commun de 45 %.

II. — LA SECONDE PARTIE DE NOTRE EXPOSÉ SUR LES FREINS FISCAUX À LA VALORISATION DE L'INFORMATION PROPOSE DES CHANGEMENTS DE PORTÉE BEAUCOUP PLUS GRANDE QUE LES SIMPLES RÉFORMES TECHNIQUES QUE NOUS VENONS DE SUGGÉRER

Il serait peut-être souhaitable d'avoir en effet moins de diversité au sein des régimes fiscaux applicables, et, globalement, un prélèvement fiscal moins lourd.

• En premier lieu, il nous semble que malgré les apparences, le régime fiscal d'ensemble de l'innovation technique n'est pas extrêmement incitatif.

— On s'aperçoit en effet que la présentation de ce régime d'imposition aux taux proportionnels de 15 % pour les sociétés, de 11 à 16 % pour les personnes physiques, doit être nuancée par le fait les activités de recherche entrent depuis 1975 dans le champ d'application de la taxe professionnelle et qu'elles sont imposées dans les conditions de droit commun. Auparavant, les activités de recherche étaient soumises à la patente, mais elles bénéficiaient d'une imposition atténuée. Lors du passage de la patente à la taxe professionnelle en 1975, on a supprimé cette atténuation d'imposition pour les activités de recherche. Compte tenu du poids relativement lourd de la taxe professionnelle pour les entreprises à l'heure actuelle, on s'aperçoit donc que cet assujettissement à la taxe professionnelle peut être particulièrement significatif pour les entreprises qui ont des activités de recherche, et cette imposition « contrebalance » très largement l'imposition au taux réduit sur les produits d'exploitation de brevets ou de savoir-faire.

— Par ailleurs, pour les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, l'imposition au taux réduit de 15 % ne s'applique que dans la mesure où ces sociétés ont doté au passif de leur bilan une réserve spéciale de plus-

values à long terme. Ainsi, dès que les produits de cession ou de licence de brevets ou de savoir-faire font l'objet d'une distribution, l'imposition au taux de 15 % « tombe » et est remplacée par une imposition au taux ordinaire qui est actuellement de 45 %.

— Si l'on examine maintenant le régime d'imposition des marques et du savoir-faire commercial, on s'aperçoit que ces éléments ne bénéficient pas d'un régime de faveur, bien que leur importance économique soit actuellement considérable, en particulier comme support des exportations des entreprises françaises.

On peut donc formuler le souhait que les cessions ou licences de marque et les transferts de savoir-faire commercial fassent l'objet d'un prélèvement fiscal moins lourd que celui actuellement applicable.

• De façon plus générale, il nous semble qu'une plus grande neutralité de la fiscalité des informations (techniques ou commerciales) et des créations est sans

doute recommandable. En effet, le rôle incitatif de la fiscalité s'inscrit actuellement peut-être davantage dans le cadre d'un prélèvement global modéré et de règles relativement simples, que de régimes fiscaux spécifiques susceptibles de créer certaines distorsions. On observe depuis environ trois ans, dans la plupart des pays occidentaux, une tendance à la baisse des taux moyens d'imposition, afin de stimuler l'activité économique et les entreprises.

En ce qui concerne la fiscalité des informations et des créations, on peut, dans le cadre de cette tendance, formuler le souhait que la diversité des régimes d'imposition que nous venons de voir rapidement soit, sinon supprimée, du moins quelque peu réduite, et que globalement le poids du prélèvement fiscal sur les opérations relatives aux informations et aux créations soit réduit.

■ RÉFLEXIONS PROSPECTIVES ET ÉCONOMIQUES

Pierre LECLERCO

Président de chambre à la Cour d'appel de Paris

La qualité même des rapports précédents a amplifié mes inquiétudes d'avoir à m'exprimer à la place charnière qui m'a été réservée et à devoir prétendre mener alors, comme il m'a été demandé, une réflexion prospective et incitative à l'innovation dans les modes d'appréhension des données économiques par les juristes spécialisés du droit de l'information.

En réalité, tous les rapports précédents sont riches de considérations économiques et prospectives. Ils apportent des réponses juridiques cohérentes aux acteurs de la nouvelle économie de l'information.

Les interpellations un peu impatientes que j'ai parfois adressées dans le passé à certains d'entre vous, à M. le Professeur Vivant en particulier, sur l'opportunité d'évolutions conceptuelles du droit de la propriété intellectuelle, de son décloisonnement et de sa diversification par la prise en considération de nouveaux éléments économiques sont assez largement satisfaites aujourd'hui.

Il y a désormais une école française du « droit des productions immatérielles », je dirais même volontiers de « droit économique de l'information ».

Aujourd'hui ma démarche ne peut plus avoir un caractère réellement prospectif.

Je me permettrai, néanmoins d'insister, après d'autres, sur la primauté des considérations économiques dans les matières relevant de notre étude commune.

Mon propos esquissera, en ce sens, au risque d'être trop réducteur, une systématisation de l'application à notre sujet commun d'étude de deux critères économiques, celui d'investissement d'une part, celui de référence à l'état du marché d'autre part.

Un tel éclairage pourrait, peut-être, contribuer à susciter le débat, prévu ensuite.

I. — LES INCIDENCES DES CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

Le rapport de M. le Professeur A. Lucas nous est apparu à tous très important, très éclairant, sur l'évolution du droit d'auteur dans son application à de nouvelles activités intellectuelles à caractère commercial, voire industriel.

Mais il a donné son analyse sur une tonalité quelque peu inquiète, en parlant de « dérives » du droit d'auteur, de son « affadissement ».

Personnellement, je n'ai pas son pessimisme. Que le droit d'auteur subisse des coups de butoirs, des bouleversements pour s'appliquer à de nouvelles productions économiques ne me chagrine pas ; au contraire même cela stimule mon aspiration à des évolutions conceptuelles ou jurisprudentielles.

Contrairement à lui, je ne serais pas choqué de voir le droit d'auteur devenir un instrument de politique économique pour assurer la sécurité juridique à l'ensemble des créateurs des nouveaux « biens culturels », et être incitatif, comme tel, au développement de ces productions, M. Cavanagh nous a, d'ailleurs, opportunément rappelé que les biens culturels les plus traditionnels, les livres, étaient le plus souvent commandés, conçus, et produits selon une méthodologie très « industrielle », l'auteur n'étant pas un artiste isolé mais étant intégré dans une organisation assez large, la protection juridique spécifique, qu'il mérite de conserver, étant mise pratiquement en œuvre pour favoriser de telles coordinations.

Pourquoi, à l'aube de la nouvelle révolution économique, le droit d'auteur ne subirait-il pas les mêmes évolutions qu'ont subies, au XIX^e siècle, lors de la

révolution industrielle, le droit de la responsabilité civile, celui des assurances, celui de la banque ou celui du contrat de travail ?

Pourquoi le droit d'auteur ne pourrait-il protéger les créateurs de logiciels contre les contrefaçons réalisées après leurs traductions automatiques en des langages différents de celui de la production d'origine et après remplacement de certaines parties accessoires par d'autres équivalentes (les clones) ? Pourquoi même ne pourrait-il protéger les producteurs d'« architectures de systèmes », ceux de bases de connaissances, ou ceux de logiciels générés ? Pourquoi n'assurerait-il pas une protection du « design », au moins lorsque la forme n'est pas exclusivement dictée par la fonction ?

On ne peut, certes, oublier les réticences des maîtres les plus éminents de la doctrine du droit d'auteur à l'encontre de « la tendance à voir dans le droit d'auteur le droit commun de la propriété intellectuelle » (M. Francon dans son rapport au congrès de 1986 de l'A.I.L.I. — voir rev. int. dr. auteur 1987 —, se référant lui-même à une étude de M. Kerever, propos analogues à ceux tenus devant nous par M. Lucas et dans d'autres enceintes par M. Colombet). Mais on doit, sans doute, aussi veiller à ne pas laisser se multiplier les « droits voisins » très sectorisés.

Les limites, proposées par ces auteurs, à l'extension de la protection d'œuvres nouvelles par le droit d'auteur, à savoir le respect des critères de création (de plus en plus souvent collective) et d'originalité, méritent, certainement, d'être respectées, d'un point de vue juridique. Et elles sont, en pratique, suffisamment larges pour satisfaire les aspirations des entrepreneurs.

D'ailleurs, eu égard à la seule analyse économique, le champ d'application du droit d'auteur ne peut être élargi sensiblement, sans que ne soient rapidement atteintes les limites du souhaitable et de l'acceptable :

- Il faut éviter les aléas qu'un pragmatisme excessif provoquerait ; la doctrine et la jurisprudence, parfois même le législateur, ont un rôle essentiel autant pour réduire les incertitudes, particulièrement insupportables pour les entrepreneurs, que pour leur proposer de nouvelles garanties. Pour que les évolutions puissent se développer avec sûreté, il importe qu'elles puissent être synthétisées sur de nouvelles bases de cohérence.

- La considération essentielle est celle de l'économie de marché, qui ne peut supporter la multiplication systématique des monopoles. A toute propriété incorporelle est, par nature, attaché un monopole ; sa reconnaissance suppose sa compatibilité, dans tous les cas, avec le maintien de la concurrence sur le marché des biens dont les producteurs recherchent protection. La Cour de justice des communautés européennes a tenté de dégager (dans des termes qui n'ont pas convaincu tous les analystes) un équilibre entre les exigences de la concurrence sur le marché européen et la valeur, en principe absolue, de la propriété incorporelle. Celle-ci subirait certainement des atteintes successives de même ordre, y compris dans notre droit national de la concurrence, récemment rénové, si son champ d'application était trop sensiblement élargi.

- L'ensemble hétéroclite des nouveaux produits immatériels, caractéristiques de l'économie contemporaine ne mérite pas uniformément des reconnaissances juridiques assorties de monopoles opposables à tout initiateur également respectable.

Le droit de propriété est, selon l'expression de M. le Professeur Mackaay, un « instrument de gestion des ressources rares », permettant au titulaire de rentabiliser ses investissements, en ayant l'assurance d'aborder dans la durée les contre-temps éventuels d'exploitation. Mais ce droit de propriété ne peut être légitimement générateur de rareté.

Il ne suffit pas de constater l'importance des investissements (recherches de conception, d'applications, campa-

gnes publicitaires) nécessaires à l'émergence de nouveaux produits, pour que ceux-ci relèvent nécessairement de la garantie par la propriété.

Tous les produits relevant de la notion très vaste de « savoir-faire » ou de celle de « structure d'organisation » ne méritent pas une telle protection. Il s'agit, d'ailleurs, le plus souvent, de produits conçus comme fugitifs et développés dans une spirale continue d'innovations, y compris celles venant de concurrents et celles trouvées en riposte à ceux-ci. Il en est ainsi, par exemple, des méthodes publicitaires, de l'offre de prestations de maintenance ou de conseils, de services touristiques...

Il ne paraît guère possible de leur décerner, à un moment donné, la qualité d'originalité, même entendue au sens large. Ils ont, certes, des caractéristiques, un « style » propres, une spécificité méthodologique, une notoriété, qui permet de les rattacher à la personnalité même de leur créateur. Mais quelle que soit l'importance qu'a prise récemment en jurisprudence cette notion, elle ne suffit pas à caractériser la durabilité d'un produit et la légitimité de la protection absolue et continue pour un délai prédéterminé.

- Si on prétendait ainsi garantir les nouveaux produits immatériels, qui n'ont de consistance qu'à condition d'être exploités et adaptés continuellement, l'éventualité de « licences obligatoires » devrait être envisagée, et cela trop fréquemment.

II. — LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE ET SON CONTEXTE ÉCONOMIQUE

Dès lors que la protection par le droit de propriété ne se justifie pas, le droit rénové de la concurrence déloyale, cela à été justement montré au cours de notre colloque, apparaît un instrument mieux adapté.

Comme nous l'a exposé M^e Veron, ce droit de la concurrence déloyale, a connu de récents développements jurisprudentiels jusqu'à la systématisation (non achevée) de la répression du parasitisme économique. Pendant quelque temps, M^e Desjeux avait été un promoteur quelque peu isolé de telles évolutions (notamment pour sanctionner les copies abusives non assimilables à des contrefaçons). Mais la voie tracée est désormais largement suivie.

Il ne convient pas de reprendre maintenant l'analyse juridique sur le sujet. J'évoquerai seulement, sans m'y engager, les discussions sur le caractère subsidiaire de la protection par le droit de la concurrence déloyale, et celles sur les plus ou moins grandes facilités qu'il y a à prouver la faute des concurrents déloyaux, suivant qu'on admet ou non contre eux des présomptions ; à cet égard, on peut rappeler les obligations de prudence et d'analyse du marché pesant sur des professionnels avant de recourir à des procédés commerciaux, publicitaires ou de fabrication, ayant déjà fait la réputation d'autrui, les privant de l'excuse, fréquemment invoquée, d'ignorance, ce qui simplifie le débat sur la preuve.

Je releverai avec davantage d'insistance que les décisions judiciaires appliquant le mode de protection considéré insistent sur la notion d'« investissement » à rentabiliser (tels que l'importance des études et recherches nécessaires avant la commercialisation d'un nouveau produit).

En outre, on peut utilement noter les inévitables interférences entre le droit des rapports bilatéraux de concurrence et le droit général de la concurrence fondé sur une conception globale et libérale des marchés.

- Importance de la notion d'investissement :

C'est d'abord un critère d'application du droit de la responsabilité, puisque c'est la menace pesant sur la

rentabilité de l'investissement qui constitue le préjudice potentiel en cas d'agissement parasitaire.

C'est aussi un des éléments de la preuve du parasitisme : celui-ci apparaît évident, sans qu'il y ait à analyser l'élément intentionnel, quand la réussite d'un intrus, n'ayant guère fait d'études préalables, sur un marché auparavant conquis par un professionnel ayant consenti d'importants investissements à cette fin ne peut s'expliquer que par usurpation de ceux-ci.

C'est aussi un critère de la faute de l'usurpateur : celle-ci s'apprécie moins selon des considérations morales (sauf à donner à la morale des affaires une connotation égalitaire, l'égalité des chances pour les réels investisseurs) que selon une appréciation d'un certain équilibre économique.

C'est aussi un critère de la durée de la protection. Les innovations dans les méthodes publicitaires, dans l'organisation de circuits de distribution, d'un « style », d'une image d'entreprise reposent sur des investissements importants, d'ailleurs constamment renforcés. Il est admis que la rentabilité de ceux-ci doit être rapidement acquise. Par contre, en matière de médicaments, même lorsqu'il n'y a pas de brevet possible, par exemple en cas de nouvelle application thérapeutique d'un produit anciennement connu (la jurisprudence de la chambre des recours à Munich, favorable à la brevetabilité dans de tels cas ne me paraît pas encore assurée), il faut assurer une protection assez longue parce que les études et expérimentations de pharmacopée sont onéreuses et lentes.

La considération de l'investissement nécessaire pour être présent sur un marché et de sa protection est également la contrepartie de l'effort de transparence que l'évolution législative et la pratique administrative imposent de plus en plus aux entreprises.

Il s'agit surtout d'un critère permettant au juge de déterminer, de façon « téléologique » dirait-on à Luxembourg à la Cour de justice des communautés, si la protection judiciaire est nécessaire pour favoriser l'investissement, ou si, au contraire, son absence risque de dissuader l'innovation.

Le droit de la concurrence déloyale débouche, ainsi, sur un pragmatisme quelque peu inquiétant du juge, et ce alors qu'il y est traditionnellement mal préparé.

- Critères relevant du droit général de la concurrence.

Le « bilan économique » que doit faire le juge est très comparable à celui qu'on demande aux autorités régulatrices de la concurrence en macro-économie.

Il ne peut plus s'agir seulement pour le juge de la concurrence déloyale d'apprécier les rapports bilatéraux entre l'investisseur concurrencé et son parasite ; il s'agit aussi d'apprécier l'état global du marché dans lequel ils opèrent.

Une concurrence exacerbée, voire suicidaire, peut paralyser, dissuader, les investissements ; en ce cas, ceux-ci doivent être protégés, mais avec modération, de façon à ne pas bloquer les légitimes initiatives concurrentielles.

Si celles-ci peuvent utilement porter sur des services nouveaux, mais nettement différenciés, on encouragera cette différenciation comme génératrice de progrès

économique. Le produit antérieur sera, alors, protégé contre les concurrences se bornant à l'imiter, la concurrence devant orienter ses innovations vers des produits de substitution.

Si, au contraire, le marché est organisé autour d'un produit bien typé, par exemple celui d'un médicament dont la protection par brevet est expirée, on peut, dans une optique concurrentielle, favoriser sa reproduction par des tiers à des fins de baisse des prix.

En tout cas, une grande diversité de solutions concrètes découlera de la considération par les juges de l'état du marché et de sa nécessaire évolutivité. Cette considération du marché est, en effet, ce que M^{me} Lhermitte appelle dans un article récent des « archives de philosophie du droit » une « catégorie molle » : le droit devient alors un outil de régulation économique (dont la mire est orientée sur la simple conjoncture) et non plus de structuration sociale (ce qui implique normalement perspective sur le long terme).

**

Le nécessaire développement du droit de la responsabilité civile à l'encontre des agissements déloyaux de concurrence présente le danger d'un excessif relativisme dans son application. Ce mode de régulation est opportun, dès lors qu'on ne peut hypertrophier les domaines des véritables propriétés incorporelles. Mais celles-ci peuvent apporter des solutions plus sûres ; il ne faut donc pas renoncer à un élargissement limité de leurs champs d'application.

Le danger le plus grave serait, sans doute, celui d'une multiplication des interventions législatives sectorielles, que ce soit pour susciter la création de telles propriétés, que ce soit pour organiser l'application du droit de la concurrence.

De telles législations n'auraient pas de portée internationale, alors que l'économie de l'immatériel a toujours été et restera inéluctablement internationale, ce que son cadre juridique a également été jusqu'à nos jours. Faut-il se résigner à ne considérer cette dimension internationale qu'à l'égard des pays pratiquant spontanément la réciprocité, comme l'a fait la législation sur la protection des masques de composants électroniques ?

La sectorisation excessive aurait aussi l'inconvénient de bloquer les adaptations aux futures évolutions techniques. Au cours des récentes années, il y a eu un large décroissement des cadres juridiques applicables aux activités de communication (les droits du cinéma, de la télévision, de la télématique se sont, par exemple, unifiés dans le droit de l'audiovisuel) sous l'effet de l'évolution technique. Celle-ci n'est pas stabilisée et suscitera encore dans des domaines voisins des effets comparables. Les nouvelles sectorisations que l'on déciderait en parallèle seraient nécessairement provisoires, sans pour autant éviter le risque d'être facteurs de blocages. Faut-il inventer dans notre matière la législation expérimentale, valable seulement pour une durée limitée ?

M. CHAMOIX : L'évolution de la pratique spécialement bancaire, financière, ... amène à sortir des catégories apprises. Je crois que c'est tout à fait essentiel. Pourquoi ? Parce que la réflexion naturelle du juriste ayant un raisonnement naturellement conservateur, le pousse à chercher à extrapoler ce qu'il a appris à l'école vers les événements économiques auxquels il est confronté. Comme nous parlons en ce moment des biens incorporels, comme nous parlons de l'appropriation des biens d'information, nous essayons d'extrapoler assez naturellement par tous moyens possibles ce que nous avons appris sur les biens matériels. On s'aperçoit que cela ne marche pas toujours très bien. En réalité, ce qui me frappe surtout dans l'approche du monde financier à l'heure actuelle, c'est le fait que le monde financier a passé ces dix dernières années sous le joug de deux éléments. Ils ont été rappelés par Pierre Leclercq, il s'agit de la concurrence, d'une part et, d'autre part, de l'ouverture des frontières. Ainsi, le monde financier a été contraint d'adapter ses méthodes et ses rédactions. Elles étaient jusqu'à présent fondées essentiellement sur une économie des biens matériels. Aujourd'hui, on recherche la protection mais également la couverture des risques financiers liée à une économie de services qui dépend plus ou moins de l'exploitation de l'information.

M. REIDENBERG : Les mêmes expressions peuvent avoir une valeur différente dans des contextes différents. On a l'impression qu'elles comportent plusieurs fonctions, plusieurs légitimités. Ainsi, par exemple, aux États-Unis, on ne considère pas que ce soit le rôle de l'État d'assurer et contrôler des droits à la vie privée d'un individu. On ne concevrait donc jamais un système de déclaration préalable pour les banques de données.

Quand on analyse l'économie de l'information, on doit considérer l'information au niveau mondial. Il est très difficile de localiser l'information dans un seul pays. Il est très difficile de déterminer la juridiction compétente. On est confronté à des concessions différentes dans des pays différents. Les problèmes de concurrence déloyale ou les concessions de la morale ne sont pas identiques dans tous les pays. Il me semble important de regarder la question du droit incitatif ou non au plan international.

M^{me} de LAMBERTERIE : Mais demeure un point délicat qui consiste à prendre conscience de l'analyse juridico-économique de ce que représente le bien informationnel avant la valorisation et de ce qu'il représente après la valorisation. On a pas beaucoup expliqué ce qu'apportait la valorisation de l'information. Une fois qu'il est développé, il faut le faire circuler, il faut lui donner les moyens de s'implanter sur le marché. On arrive ainsi à tout le problème auquel se heurtent les centres de recherche. Parce que si on sait créer en France, on ne sait pas vendre. Même si des exceptions savent y procéder, ce n'est pas la règle générale. Il est nécessaire qu'une prise de conscience soit effectuée. Il est indispensable d'investir pour permettre la transformation du produit afin de pouvoir le lancer sur le marché selon les besoins des consommateurs et des utilisateurs. Il faut comprendre l'importance de la valeur que représente le lancement d'un produit sur le marché. Cela revient à accepter également les deux conditions inhérentes à l'existence même du produit, à savoir le coût de développement du produit et l'investissement marketing nécessaire pour la pénétration du marché. Sa valeur économique présente donc ce double aspect. Ce qui nous amène vers le problème de l'appropriation : le bien n'appartient pas seulement à celui qui a investi pour le créer, pour le réaliser, mais aussi, celui qui a investi pour lui donner une existence sur le marché.

M. GASSIN : Je me demande si la grande difficulté dans laquelle on se trouve d'arriver à trouver des techniques suffisamment adaptées ou appropriées au problème de la protection de la réservation de l'information ne vient pas de ce qu'il existe une distinction fondamentale à faire entre ce que peut signifier l'information dans la société industrielle traditionnelle et ce qu'elle signifie aujourd'hui. Le droit de la propriété industrielle a été construit à une époque où l'information existait, mais elle était avant tout le moyen d'obtenir plus d'énergie et une matière plus utilisable. Les biens de consommation étaient des biens matériels et constituaient de l'énergie. L'information n'était que le moyen d'arriver à un « plus » dans ce domaine, ainsi de produire une amélioration. Aujourd'hui, dans notre société post-industrielle, l'information est devenue le but, l'un des buts fondamentaux soit en tant que biens de consommation définitifs, soit en tant que biens de consommation intermédiaires. Je pense par exemple à la robotique où l'information est finalement l'essentiel de ces biens de consommation intermédiaires qui est le robot. Le robot non programmé n'a aucun sens, c'est de la quincaillerie. Je me demande si toutes les difficultés ne viendraient pas de ce que l'on continue à utiliser les techniques construites pour l'information en tant que moyen à la protection pour la formation qui est devenue des buts. Peut-être, les juristes devraient-ils essayer de trouver de nouveaux concepts qui découlent de cette transformation fondamentale de la signification de l'information dans notre société post-industrielle.

M. MEHL : En écoutant les exposés d'hier et d'aujourd'hui, je crois avoir distingué une idée conductrice même si je ne sais pas si elle est forcément juste. Il me semble qu'il faut à tout prix éviter que l'on constitue un ghetto juridique pour le droit des biens immatériels et le droit de l'informatique. Il faut éviter qu'en abandonnant les principes généraux du droit, on arrive à un système rudimentaire dont on a souvent déploré l'existence, à savoir celui de l'appareil administratif. Il est paradoxal que lors de l'exploitation des biens immatériels et, plus généralement, l'entreprise privée soit enserrée pour ses activités dans un réseau réglementaire.

Pour prendre le seul exemple de la loi Informatique et Libertés, M. Frayssinet a très bien mis en lumière que la C.N.I.L. faisait finalement de plus en plus de règlements. Alors, on peut se poser des questions subversives. La première est : une loi Informatique et Libertés était-elle nécessaire ? L'expérience prouve que l'on fait trop de lois et que cela nous amène des ennuis. Que l'on ait pris des précautions, cela peut se concevoir. Cependant, les vrais régimes de liberté sont des régimes plus précis s'agissant des activités économiques. Dans ceux-là, on trouverait ce qui serait permis, ce qui serait défendu. Mais on devrait ne pas édicter une sorte de bible pour enseigner le comportement à autrui. La responsabilité est régie par très peu de textes et le système fonctionne très bien.

Seconde interrogation : je pense qu'il existe aussi un très grave danger sur le plan de la liberté politique. Car on substitue à l'autorité politique, les responsables de commissions dites indépendantes. Est-ce vraiment souhaitable ?

Mais, si on l'a jugé nécessaire, la troisième proposition consiste à demander que la C.N.I.L. évite de faire trop de règlements. Au lieu d'appliquer des principes généraux qui défendraient précisément les libertés, on enterre les entreprises dans des systèmes extrêmement rigides alors que l'informatique et les techniques nouvelles sont en pleine évolution. Cela me paraît tout à fait regrettable.

P^r M. VIVANT : J'ai été très sensible à ce que disait M. Chamoux en appelant à l'imagination. Je crois qu'effectivement, c'est par notre faculté d'imaginer que nous trouverons des solutions. Je voulais simplement faire observer que, dans certains cas, on peut se trouver en présence de situations de blocage, je rejoins à ce titre André Lucas. Cela ne veut pas dire pour autant que ce soit inéluctable. Simplement, à l'issue de cette double journée, j'ai le sentiment, au fond, que les blocages ne sont pas là où l'on pense. On a souvent le sentiment que la propriété est un élément nécessaire à la défense d'une création. Nous avons tous été plus ou moins d'accord pour dire que la propriété était une commodité, mais qu'elle n'était pas une nécessité. Cela a été largement le thème de l'une des premières parties de notre intervention avec Jean-Marc Mousseron. Cela a constitué très largement un thème porteur de l'analyse prospective de M. Leclercq. Au contraire, l'intervention de M. Bey nous permet de constater que paradoxalement dans des cas où l'on attend pas que la propriété soit quelque chose d'important, on peut rencontrer cette situation de blocage. On peut trouver celle-ci, par exemple, dans le cadre de la mobilisation financière d'une création intellectuelle ou, quand la propriété est conçue par le droit comme un élément de sûreté, voire comme une sûreté. On le voit très bien car en ce cas là, les prévisions textuelles peuvent résoudre la difficulté. Par exemple, on procède à un nantissement du brevet, cela veut dire un nantissement de la création intellectuelle. Lorsque le statut n'existe pas, il faut imaginer des constructions « périphériques » pour arriver à ce même résultat lorsque le droit ne connaît que le support. A ce stade, la grande difficulté réside dans le fait d'avoir une imagination conforme au cadre juridique général. Je crois qu'au fond cela serait peut-être important d'identifier les points de blocage.

J'ACHÈTERAI :

— *Les Obligations du Mandataire*, par Ph. Petel.

Collection Bibliothèque du Droit de l'Entreprise, n° 20, 400 p./280 F.

Le présent ouvrage s'efforce de dégager avec précision le régime de ces obligations en droit positif, par une dissection approfondie de chacune d'entre elles. Ainsi, l'obligation d'exécuter la mission se décompose en un triple devoir de fidélité aux instructions reçues, de diligence et de loyauté, auquel s'ajoutent pour le mandataire professionnel un devoir de conseil et, parfois, un engagement de ducreoir. Chaque aspect de cette obligation pose des problèmes spécifiques qui sont analysés avec rigueur au vu de la jurisprudence la plus récente. De même, l'obligation de rendre compte ne se réduit pas, comme on l'enseigne traditionnellement en doctrine, à la reddition de compte, c'est-à-dire à la présentation d'un compte pécuniaire ; à cet aspect essentiel, qui fait l'objet d'une étude approfondie, s'ajoute un aspect moins connu et pourtant consacré par la jurisprudence : le mandataire doit fournir un compte rendu au mandat, c'est-à-dire le tenir informé du déroulement et du résultat de sa mission. Chacune de ses obligations pose en outre des problèmes spécifiques en cas de substitution du mandataire. Le présent ouvrage envisage donc systématiquement cette situation si courante et si mal connue. En raison de l'importance du sujet qu'il aborde et des multiples solutions de droit positif qu'il met en évidence, cet ouvrage intéressera tous les juristes, praticiens et universitaires, généralistes et spécialistes. Il constitue en effet une source précieuse d'informations pour tous ceux qui sont appelés à rencontrer, voire à utiliser la technique du mandat.

Commande à adresser au CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier. Tél : 67.61.54.01 — 67.61.54.36 — 67.66.25.81.

— *Technique contractuelle*, par P^r Jean-Marc Mousseron, dans la collection « Francis Lefebvre », 600 p./350 Francs.

Comment s'assurer, lors de la négociation, de la rédaction ou de l'examen d'un contrat, que les clauses sont conformes aux règles de base qui régissent la convention ?

Comment se garantir contre un oubli ou une formulation approximative ?

Technique contractuelle apporte à tous ceux qui sont conduits à participer à la conclusion d'accords commerciaux, qu'ils soient de formation juridique, scientifique ou commerciale, une véritable méthode d'élaboration des contrats.

Technique contractuelle étudie les règles de base qui président à la mise au point des contrats commerciaux (règles communes à tous les contrats) et analyse plusieurs dizaines de clauses, fournissant pour les plus importantes une « checklist » des questions à considérer.

JE PARTICIPERAI

Au stage organisé par la Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.).

• LES CRÉATIONS DE SALARIÉS

Ce stage est destiné aux Conseils en Droit social et en Propriété industrielle et aux collaborateurs des services « Personnels » et « P.I. » des entreprises soucieux de la pratique des contrats de recherche et des créations de salariés (inventions, logiciels, design, moyens publicitaires...) et des procédures internes (contrat de travail) et externes (contrats de recherche...) à mettre en place.

Programme :

Ce stage comprend deux journées : **25 et 26 mai 1988.**

25 mai :

9 h 30 : *Les créations de salariés*

- Organigramme général des systèmes de réservation
- Clauses du contrat de travail visant la communication, l'exploitation, la non-exploitation et le transfert d'informations (cl. d'exclusivité, non-concurrence, conflit d'intérêts)

14 h 00 : *Les inventions de salariés*

- Procédures de déclaration (formule ordinaire, procédure INPI)
- Procédures de classement (règles et modalités)
- Procédures d'attribution (jurisprudence de la CNIS)
- Procédures de juste prix (méthodes et exemples)

26 mai :

9 h 30 : *Les créations de contractant*

- Contrats et marchés de recherche. Clauses de Propriété Industrielle des contrats industriels et commerciaux
- Mécanismes propres aux accords de mise à disposition de personnels et détachement.

14 h 00 : *L'environnement des opérations sur création*

- Aspects contentieux
- Aspects fiscaux
- Aspects internationaux

Animateurs du stage :

R. DESCOTTE, Conseil en Droit social, Directeur du Service économique et social KPMG-FIDAL.

J.-M. MOUSSERON, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

J.-L. PIERRE, Conseil juridique et fiscal (Coopers et Lybrand, Lyon).

Y. REBOUL, Directeur de la Section française du CEIPI.

Coût :

1.850,00 F (HT) + 344,10 F (TVA) = 2.194,10 F (TTC)

Pour les membres de l'ASPI et du SYNCODS :

1.650 F (HT) + 306,90 F (TVA) = 1.956,90 F (TTC)

RENSEIGNEMENTS ET INSCRIPTIONS : M^{me} B. Schmidt, F.N.D.E., 9, rue Richepanse, 75008 Paris. Tél (16.1) 42.60.10.18.

Instrument de travail permanent, *Technique contractuelle* permet de connaître les pièges à éviter et les démarches à faire, des premiers moments de la négociation jusqu'à l'audit du contrat, après sa signature, en passant par sa rédaction proprement dite.

JE LIRAI :

- Consommation, clauses abusives, délai de livraison.

Note P^r Jean Calais-Auloy, sous C. Cass. 16 juillet 1987, D. 1988, II, p. 49 et s.

- Le contrôle direct des opérations de concentration économique depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, par L. Vogel, J.C.P. E. 1988, 15115.

- Lois et décrets, réglementation économique, loi nouvelle, rétroactivité, loi plus douce.

Note A. Dekewer, sous 16 février, 16 mars 1987 et 12 novembre 1986, D. 21, 1988, II, p. 39 et s.

- Franchise : Les décisions Y. Rocher et Pronuptia de la commission des communautés européennes, par J. Calvo, Gaz. Pal. 17, 18 et 19 janvier 1988, p. 2 et s.

— VIENT DE PARAÎTRE —

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE N° 20

LES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

par Philippe PETEL, assistant Docteur

Préface : P^r Michel CABRILLAC, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier



27, place Dauphine, 75001 PARIS
26, rue Soufflot, 75005 PARIS
CCP PARIS 65.09 F
Toute commande doit être accompagnée de son montant

400 pages/Prix : 280 F

— VIENT DE PARAÎTRE —

SÉRIE
DROIT DE L'INFORMATIQUE
I

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE N° 19

LES TRANSACTIONS INTERNATIONALES ASSISTÉES PAR ORDINATEUR

Avant-propos de Michel Vivant



27, place Dauphine, 75001 PARIS
26, rue Soufflot, 75005 PARIS
CCP PARIS 65.09 F
Toute commande doit être accompagnée de son montant

170 pages / Prix 158 F