

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection juridique des programmes juridiques d'ordinateur

Thunis, Xavier

Published in:

Le notariat et l'informatique

Publication date:

1986

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 1986, La protection juridique des programmes juridiques d'ordinateur. dans *Le notariat et l'informatique: journées notariales de Tournai, 26-27 septembre 1985*. Duculot, Gembloux, pp. 153-169.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La protection juridique des programmes d'ordinateurs

Xavier THUNIS

Attaché au service juridique d'U.C.B.

PLAN DE L'ÉTUDE

- I. La protection des programmes par le droit d'auteur.
 - A. Le droit d'auteur : bref rappel des principes.
 - B. Droit d'auteur et programmes : modalités d'application
 - 1. Aux États-Unis
 - 2. En France
 - C. Réflexions critiques
 - 1. Programmes d'ordinateur : où est le fond ? où est la forme ?
 - 2. Programme et originalité.
 - 3. Inadaptation du droit d'auteur.
 - 4. Programmes d'ordinateur et droit d'auteur : quelques difficultés futures.
- II. La protection des programmes et le droit des obligations.
 - A. La réservation du savoir-faire dans les relations de travail.
 - B. La réservation du savoir-faire en dehors d'une relation de travail.

Résumé. — Les moyens de protection du programme sont nombreux. Parmi ceux-ci : le *droit d'auteur* (I) et le *droit des obligations* (II) occupent une place importante.

En tant qu'œuvre de l'esprit, le programme peut satisfaire à la condition d'originalité mise à l'octroi de la protection par le droit d'auteur. Ainsi en a décidé une jurisprudence majoritaire aux États-Unis et en France dont il a paru intéressant de retracer le cheminement, tout en soulignant les difficultés d'application d'un droit d'auteur vénérable à une réalité technique en pleine évolution. En tant que savoir-faire, le programme peut aussi faire l'objet de cessions à titre onéreux dont le créateur, soucieux de rentabiliser son investissement, tente de maintenir le caractère secret en recourant aux possibilités que lui offre le droit des contrats.

I. LA PROTECTION DES PROGRAMMES PAR LE DROIT D'AUTEUR

Faute d'obtenir la protection du contenu inventif du programme par le droit des brevets,¹ on peut chercher dans le droit d'auteur une protection de la forme sous laquelle le programme est présenté.

A. Le droit d'auteur : bref rappel des principes

Le contenu des différentes législations sur le droit d'auteur unifié par les conventions internationales est assez semblable de pays à pays ; le droit d'auteur s'attache à toute œuvre revêtant une forme originale.

1° Le droit d'auteur couvre, selon la définition donnée à l'article 2 de la convention de Berne du 26 juin 1948, toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quels qu'en soient le mode et la forme d'expression.

2° La protection conférée par le droit d'auteur s'attache à une forme, non à l'idée qui l'habite. Les idées sont de libres parcours, seule leur expression est « monopolisable »².

Le principe de l'inappropriation des idées qui protège, dans le droit des brevets, la liberté de recherche, préserve ici la liberté d'expression.

3° La protection conférée par le droit d'auteur s'applique à une œuvre originale, l'œuvre originale étant celle qui révèle, fût-ce à un faible degré, la personnalité de son créateur.

B. Droit d'auteur et programmes : modalités d'application

Plutôt que de présenter abstraitement la façon dont le droit d'auteur est susceptible de s'appliquer aux programmes d'ordinateur, nous avons préféré, dans une perspective plus empirique, interroger les jurisprudences américaine et française qui se sont fréquemment prononcées sur la question. Nous procéderons par la suite à la critique de leurs décisions.

I. Aux États-Unis³

La loi du 12 décembre 1980, intitulée « Computer Software Copyright Act » reconnaît explicitement la protection des programmes par le droit d'auteur. Si le principe est clairement posé, le texte n'a cepen-

1. Sur la protection des programmes par le droit des brevets, voir le rapport de M. Flamée.

2. Le lecteur voudra bien excuser ce néologisme que nous utilisons pour la commodité de l'exposé. La même remarque s'applique aux termes « confidentialité », « protégeable », « inappropriation »... utilisés dans la suite de ce rapport.

3. Notre exposé de la jurisprudence américaine s'inspire largement d'une étude de J. Goulet, *La protection juridique du logiciel : options et stratégies*, Laval mars 1984.

dant pas envisagé les problèmes particuliers soulevés par les mémoires mortes.

Aussi, assiste-t-on, entre 1980 et 1983, à une jurisprudence pas toujours uniforme, voire même contradictoire qui hésite à accorder la protection par le droit d'auteur à des programmes en langage-objet et à des mémoires de type ROM⁴.

Avant 1980 déjà, dans l'affaire *Data Cash Systems v. JS & A Group*⁵, la Cour de district de l'état d'Illinois avait dû se prononcer sur une plainte en contrefaçon intentée par le fabricant du jeu *Chess* contre un concurrent qui avait incorporé en mémoire ROM à l'appareil dont il faisait le commerce, le même programme-objet que celui de *Data Cash Systems*.

Le Tribunal décida que les ordinogrammes et les programmes-source étaient protégés par le copyright. Par contre, les programmes en langage-objet intégrés dans une mémoire ROM ne peuvent revendiquer une telle protection puisqu'ils sont inintelligibles par l'homme.

Cette jurisprudence enlevait évidemment à la protection par le droit d'auteur beaucoup de son efficacité. Elle ne fit pas l'unanimité et une décision, en sens contraire, fut rendue par la Cour de district de Californie dans l'affaire opposant *Tandy Corporation* à *Personal Micro Computers*⁶.

En 1981, *Tandy Corporation* intente une action contre *Personal Micro Computers*, reprochant aux défendeurs d'avoir copié une routine ROM imprimée sur un chip, ayant pour objet de traduire en langage-machine les instructions présentées à l'ordinateur en langage informatique.

Le programme en cause étant un programme-objet comparable à celui de *Data Cash Systems* et sur base de la jurisprudence rendue en cette affaire, les défendeurs affirment que la copie d'un chip sur un autre chip ne peut constituer une copie au sens de la loi américaine sur le copyright parce que le support de l'information ne permet pas une perception visuelle du programme concerné.

Le Tribunal rejette cette argumentation en considérant qu'un chip peut constituer un « moyen tangible de fixation d'une œuvre » au

4. Pour l'explication des notions techniques, le lecteur voudra bien se reporter notamment au rapport de M. Van Bastelaer.

5. 480 F. supp. 1063 (1979) ; cette jurisprudence a été rendue sous l'empire de la loi (non encore modifiée) de 1976 sur la propriété littéraire et artistique.

6. *Tandy Corporation v. Personal Micro Computer* 524 F. supp. 171 (1981).

sens de la loi américaine de 1976⁷ et qu'on retrouve sur ce chip la reproduction d'une œuvre perceptible et donc susceptible de la protection par copyright.

Les décisions américaines les plus récentes⁸ admettent plus clairement la protection des programmes-objets stockés en mémoire morte, comme l'atteste l'arrêt rendu par la Cour d'Appel Fédérale de Philadelphie dans l'affaire *Appel Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*

Le 30 juillet 1982, Appel Computer requiert de la Cour de district de l'état de Pennsylvanie qu'elle émette une injonction ordonnant à Franklin Computer de ne plus utiliser une série de programmes stockés en mode ROM, qu'elle établissait être siens⁹.

Le juge conclut dans le sens de l'affaire *Data Cash Systems* aux motifs qu'un chip constitue un objet brevetable peut-être mais ne pouvant pas jouir de la protection par copyright. L'affaire remonte jusqu'à la Cour d'Appel de Philadelphie pour laquelle les logiciels sont en principe protégés par le droit d'auteur sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre programmes-source et programmes-objet incorporés en mode ROM. Aucun passage du Copyright Act n'oblige à une telle différenciation.

La question est actuellement tranchée sur le plan législatif puisque le Congrès américain a adopté, le 9 octobre 1984, une loi, le *Semiconductor Chip Protection Act of 1984* qui protège la puce contre la reproduction illicite.

Il est toujours risqué de porter une appréciation sur l'évolution d'un droit étranger, anglo-saxon en l'occurrence, car on s'expose à privilégier indûment certaines tendances, à en négliger d'autres, à durcir les contrastes, bref à commettre des erreurs de perspective, faute de vue d'ensemble sur toutes les interrelations à l'œuvre dans le système de droit analysé. Certaines conclusions peuvent cependant être tirées :

7. L'article 102 (a) de la loi américaine de 1976 sur la propriété littéraire et artistique précise que « la loi protège toute œuvre originale d'auteur fixée dans un moyen tangible d'expression connu à ce jour ou devant être développé dans l'avenir, et duquel on peut percevoir, reproduire ou communiquer de quelque autre manière que ce soit, directement ou indirectement, avec l'aide d'une machine ou d'un procédé ». Sur la signification du « tangible medium of expression », voir G. Vandenberghe, *Bescherming van computersoftware*, Kluwer, 1984, pp. 80 et s.

8. Par exemple dans : *Midway Mfg Co. v. Artic International, Inc.*, 547 F. Supp. 999 (1982) ; *Atari, Inc. v. North American Phillips Consumer Electronic Corp.*, 672 F. 2d 607 ; *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman*, 669 F. 2d 852 (1982) ; *Midway Mfg Co v. Drikschneider*, 543 F. Supp. 466 (1981), *Williams Electronics Inc. v. Artic International Inc.* 685 F. 2d 870 (1982) ; *Apple Computer Inc. v. Formula International* 218 USPQ 47 (1983).

9. *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corporation* 545 F. supp. 812 (1982).

1. Les programmes-source sont protégeables par le droit d'auteur aux États-Unis. Ils l'étaient déjà sous l'empire de la loi de 1976 modifiée par le « Computer Software Act of 1980 » cherchant essentiellement à définir sous quelles conditions le titulaire d'une copie du programme peut exercer son droit d'utilisation et, le cas échéant, réaliser des copies privées. Il n'y a pas de raison de penser que la conversion du programme du langage source en langage objet le priverait soudainement de la protection par le droit d'auteur.

2. La protection des programmes-objet stockés en mémoire morte sur des « chips » ou puces a suscité en jurisprudence des hésitations aujourd'hui levées puisque la loi américaine récente accorde une protection de 10 ans au créateur de puces. Seuls sont en principe concernés par cette loi les ressortissants américains et les ressortissants étrangers dans la mesure où leur législation nationale confère aux citoyens américains une protection équivalente¹⁰.

Logiquement, le logiciel intégré à une puce devrait continuer à bénéficier de la protection plus longue offerte par le droit d'auteur.

2. En France

La jurisprudence française est également intéressante à analyser parce qu'elle compte des décisions relatives tant aux programmes d'application qu'aux programmes d'exploitation.

C'est par le biais du droit du Travail que la jurisprudence française a d'abord examiné la possibilité de protection des programmes informatiques par le droit d'auteur.

Chef-comptable, P. s'initie à l'informatique. Sans incitation de son employeur et en dehors des heures normales de travail, il réalise des programmes de comptabilité facilitant l'exécution des tâches qui lui sont confiées. En 1977, un différend l'oppose à la direction de la Société Babolat Maillot Witt (B.M.W.) et P. reprend les programmes qu'il estime être sa propriété. La Société dépose plainte pour vol et licenciement P. pour faute grave.

Trois décisions ont été rendues dans cette affaire¹¹ affirmant le droit d'auteur de l'employé sur les programmes, ce qui l'absout de toute faute pouvant justifier son licenciement et exclut le vol.

Les attendus de l'arrêt du 2 novembre 1982 de la Cour d'Appel de Paris sont particulièrement clairs.

10. Pour plus de détails, voir B. Lejeune, *Protection des puces : une nouvelle loi aux États-Unis*, *Droit de l'Informatique*, 1985, n° 4, pp. 38 et 39.

11. *Babolat C/P. C.A. Paris*, 2 nov. 1982. *Gaz Pal.* 3 mars 1983, p. 13, note J.R. Bonneau, en 1^{re} instance : *Trib. Gr. Inst. Bobigny*, 11 décembre 1978 ; *Trib. Comm. Paris*, 18 nov. 1980, *Expertises* n° 39, pp. 72 et s.

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

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

Rendues à propos du licenciement du salarié, ces décisions soulèvent la délicate question de savoir *qui* est titulaire du droit d'auteur sur un programme d'ordinateur quand existe entre le créateur et la société un contrat d'emploi qui ne règle pas explicitement la question. Nous y reviendrons (v. infra).

Alors que le différend dans l'affaire ci-dessus porte sur des programmes d'application en matière comptable, l'affaire « Apple » tranchée par le Tribunal de Grande Instance de Paris¹² concerne la contrefaçon de programmes d'exploitation d'ordinateurs.

La société Apple affirme avoir constaté qu'un logiciel de base de la Série Apple II a été copié et incorporé à l'ordinateur GOLEM fabriqué à Taiwan, importé et commercialisé en France par les Sociétés Seginex et Data. Apple est autorisée à procéder à une saisie-contrefaçon de GOLEM. Elle assigne ensuite Seginex en référé et obtient l'interdiction de toute importation, exposition et vente de l'ordinateur, objet du litige, le rapport d'expertise révélant que 99,76 % des octets étaient semblables.

Le jugement au fond du Tribunal de Grande Instance de Paris comporte des attendus intéressants dont nous extrayons les plus significatifs.

1° « Si les programmes d'ordinateurs ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun comme le sont les œuvres littéraires ou plastiques, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription sur divers supports matériels, tels que les « listings », les écrans ou les enregistrements magnétiques; que si, à l'évidence, leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine, cette seule particularité n'est pas de nature à exclure

12. Soc. Apple C/Soc. Seginex : T.G.I. Paris, 21 sept. 1983, Expertises 1983, n° 56, p. 257.

de la catégorie des œuvres de l'esprit, pas plus que n'en sont exclues, par exemple, les compositions musicales qui sont, elles aussi, exprimées en un langage codé et complexe dont la compréhension immédiate suppose une éducation spécialisée; que d'ailleurs les programmes d'ordinateurs deviennent intelligibles par le truchement d'un instrument, l'ordinateur, qui en révèle les possibilités aux non initiés, comme la voix ou tout instrument mécanique de musique révèle le contenu des partitions musicales.

2° Attendu, sur le second point, que la thèse selon laquelle les programmes d'exploitation constitueraient un maillon de la chaîne du matériel informatique et pourraient donc, à ce titre, être brevetables, ne saurait être retenue; qu'il convient d'abord de souligner que les observations qui précèdent s'appliquent aux logiciels de base; que par ailleurs, s'il est vrai que la technologie conduit de plus en plus, à intégrer les programmes d'exploitation aux mémoires; qu'à considérer les circuits intégrés, on s'aperçoit que la manière dont ils sont fabriqués et leurs composants matériels sont effectivement des produits industriels, mais qu'en revanche leur « contenu », qui fait leur originalité les uns par rapport aux autres, n'est que l'expression, dans une technologie avancée, de la création originale de l'auteur du programme. »

Ce jugement, qui fait droit à la demande d'Apple, décide que la loi de 1957, relative au droit d'auteur, protège non seulement les logiciels d'application mais aussi les logiciels d'exploitation.

Distinguant le contenu et le contenant de l'œuvre, le jugement aboutit à une solution qui étend le bénéfice du droit d'auteur à tous les logiciels pourvu qu'ils soient originaux. Cette solution est identique à celle préconisée en jurisprudence américaine.¹³

NOTE

Nous ne commentons pas ici les nombreux jugements rendus en matière de jeux vidéo qui souvent confondent la protection des programmes avec la protection des images fixes ou mobiles qui en sont le produit. Il est incontestable que l'œuvre se manifestant de manière visuelle est, sous condition d'originalité, protégeable par le droit d'auteur. Mais ceci ne résout pas la protection du programme sous-jacent.¹⁴

13. N.D.L.R. : Au moment où ces lignes sont relues, nous apprenons que la loi française du 3 juillet 1985 consacre la protection du logiciel par le droit d'auteur, en insérant celui-ci dans la liste des œuvres protégeables figurant à l'article 3 de la loi du 11 mars 1957.

14. Sur ce point, Ph. Peters, La protection des jeux vidéo-électroniques, *Droit de l'informatique*, n° 2, pp. 10 et s.

En jurisprudence française, le lecteur intéressé peut se reporter à l'affaire « ATARI C/ SIDAM »¹⁵. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (13^e chambre des appels correctionnels) rendu le 4 juin 1984 en matière de jeux électroniques, refuse la protection par le droit d'auteur au logiciel et à l'œuvre audio-visuelle se manifestant sur écran.

Ce jugement, trop isolé pour qu'on puisse en tirer un enseignement de portée générale, renvoie explicitement à l'action en concurrence déloyale pour sanctionner les copies serviles.

C. Réflexions critiques

1. Programme d'ordinateur : où est le fond, où est la forme ?

La protection conférée par le droit d'auteur s'attache à une forme et non à l'idée qui l'habite. Ainsi, le thème du mari trompé en littérature, une méthode de solfège, ... ne peuvent être monopolisés. Seule l'expression en est protégeable.

De cette distinction entre l'idée et la forme dérive que le monopole de l'auteur porte sur la reproduction et non sur l'utilisation du contenu : l'auteur d'un livre décrivant un nouveau jeu de cartes ne peut interdire aux lecteurs de jouer, la fabrication d'un gâteau ne saurait constituer une violation du droit d'auteur sur la recette.

Partant du souci d'assurer une protection efficace aux auteurs,¹⁶ la doctrine française, allemande et américaine, suivie par la jurisprudence, a suggéré que l'on protège non seulement l'expression *stricto sensu* d'une œuvre, mais aussi le développement de son thème, la structuration de ses parties.

La distinction fond-forme s'applique de la manière suivante au programme : le fond du programme, l'algorithme n'est pas protégé par le droit d'auteur. Celui-ci ne couvre donc que la forme du programme, ainsi que sa structure et l'agencement de ses étapes, l'organigramme.¹⁷

La distinction entre le fond et la forme est déjà très délicate à pratiquer pour des œuvres « classiques ». Est-elle applicable aux programmes d'ordinateur ?

On a soutenu que le fond d'un programme était l'algorithme tandis que la forme était l'organigramme. Seul ce dernier serait protégeable par le droit d'auteur.

15. Trib. Grde Inst. de Paris, 8 déc. 1982. Exp. 1983, n° 48, p. 31.

16. Comme l'explique A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, *Librairies Techniques*, 1975, n° 158 : « Si la protection était limitée à la forme au sens strict, il suffirait pour n'être pas considéré comme contrefacteur de recopier une œuvre en utilisant un dictionnaire des synonymes. »

17. les règles du droit d'auteur s'appliquent de manière classique à la documentation connexe.

Les controverses doctrinales sur la portée de la protection accordée attestent la complexité de la question. Elles nous incitent à penser que la distinction pratiquée est inadéquate et artificielle.

2. Programme et originalité

La protection du droit d'auteur s'attache à une œuvre originale, dont l'expression révèle la personnalité de l'auteur.

Un programme peut-il satisfaire à la condition d'originalité ? Il semble que le choix ouvert au programmeur (à l'analyste) entre plusieurs modes d'expression et de représentation plus ou moins élégants, plus ou moins efficaces, permette la manifestation de la personnalité. Ainsi, le Professeur Ulmer écrit¹⁸ : « ... il existe toujours une certaine possibilité de choix qui fait que les programmes mis au point par différents programmeurs pour la solution d'un même problème s'écartent de plus en plus les uns des autres, au fur et à mesure que les programmes deviennent plus complexes ».

Le Professeur Ulmer fait allusion aux « alternatives » entre lesquelles le programmeur (l'analyste) effectue un choix révélateur de sa personnalité. Mais l'originalité déduite de ce choix s'applique-t-elle à la forme du programme ou au contenu de celui-ci ? Il semble bien que la personnalité de l'analyste se manifeste au niveau du chemin suivi pour aboutir au résultat, c'est-à-dire au niveau de la méthode.¹⁹

L'originalité qualifie donc l'algorithme lui-même et non sa représentation graphique. Cette constatation confirme l'observation formulée plus haut sur le caractère problématique de la distinction fond-forme.

D'aucuns prétendent que le raisonnement pêche par excès de rigueur et que la condition d'originalité doit s'interpréter de façon moins stricte et s'étendre à la notion d'effort intellectuel personnalisé.²⁰

Plus que la créativité d'une personne avec ses goûts ou ses humeurs, c'est le travail de cette personne qui se trouve alors protégé par le droit d'auteur.

Si l'on adopte une conception large de l'originalité, il faut aussi admettre que beaucoup de programmes d'ordinateur seront protégés car ils requièrent généralement un effort intellectuel minimal pouvant être rapporté à une ou plusieurs personnes.

18. E. Ulmer, La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier, *R.I.D.A.*, 1972, p. 179.

19. P. Buch, La protection juridique des programmes d'ordinateurs, *Revue dr. intell.* 1976, p. 177.

20. Voir les interventions de M. Vivant reprises dans La protection juridique des logiciels, *Cahiers de droit de l'Entreprise* n° 24, 14 juin 1984, pp. 3 et s.

Dans le même ordre d'idées, il n'y aurait pas d'obstacle non plus à ce qu'on reconnaisse protégeable par le droit d'auteur le texte décrivant un brevet d'invention fort comparable à un programme.²¹ Finalement, au-delà des arguments également pertinents qui se répondent les uns aux autres, le choix d'une interprétation stricte ou extensible de l'originalité dépend de la personnalité (!) de l'interprète et de sa conception du droit d'auteur.

L'informatique joue ici un rôle de révélateur : elle oblige le juriste à clarifier les concepts, définis de façon très brute, de la propriété intellectuelle et à réfléchir sur les critères adoptés pour en délimiter les domaines.

3. Inadaptation du droit d'auteur

En toute hypothèse, le monopole de reproduction conféré au créateur d'un programme ne couvre que la copie de celui-ci. Même si l'utilisation d'un programme implique sa copie dans la mémoire de l'ordinateur, il est douteux que cette reproduction interne tombe sous le coup du monopole de l'auteur.²² Le droit d'auteur ne couvre donc pas l'utilisation non autorisée du programme.

Plus fondamentalement, le droit d'auteur est inadapté aux programmes d'ordinateurs. Comme l'a démontré M. Gotzen,²³ il a une finalité différente de celle des droits de propriété industrielle qui visent à stimuler le progrès technique. S'il contribue peut-être à stimuler la création intellectuelle, il protège surtout, par-delà celle-ci, le créateur dont la personnalité s'incarne dans une œuvre de manière originale.

Sans nier *a priori* que le programme puisse receler une certaine originalité, on constatera que la portée limitée de la protection offerte par le droit d'auteur et la longueur excessive de celle-ci ne s'accordent guère avec l'évolution rapide et le souci d'une rentabilité à court terme. Par contre, le droit d'auteur comprend, à côté d'attributs d'ordre patrimonial, des prérogatives d'ordre moral : droit de *divulgation* (l'auteur ne livre son œuvre à l'appréciation du public que lorsqu'il s'estime satisfait), droit à la *paternité* (l'auteur a la faculté de présenter l'œuvre au public, sous son nom, droit au *respect* de l'œuvre dans sa forme comme dans son esprit, droit de *repentir* ou de *retrait* (l'auteur regrette d'avoir livré son œuvre au public et décide de la retirer). Le commun dénominateur de ces quatre expressions du droit moral de l'auteur, qui est la *communication de l'œuvre au public*, ne se retrouve pas dans les programmes : si ceux-ci peuvent être rendus intelligibles

21. Alors que cette protection a autrefois été refusée au motif qu'il s'agissait d'un document technique ne permettant aucune manifestation de personnalité. *Gaz. Pal.* 1968, 1, 167.

22. A. Lucas, *op. cit.*, n° 293.

23. F. Gotzen, *Het bescherming van de auteur*, Bruxelles, Larquier 1975.

aux sens humains, les instructions qu'ils contiennent *s'adressent à la machine*.²⁴⁻²⁵

Qu'on nous permette en conclusion de citer un exemple révélateur des excès auxquels conduit une application (trop) large du droit d'auteur.

Un débat s'est déroulé aux États-Unis concernant la protection des biotechnologies. Certains auteurs ont tenu le raisonnement suivant :

1. les programmes sont traités sur le plan juridique de façon analogue à des œuvres littéraires ;
2. les séquences génétiques d'une molécule d'ADN, par exemple, ne sont pas fondamentalement différentes de programmes sur mémoires mortes (ROM)²⁶ ;
3. Donc ces séquences génétiques sont elles-mêmes protégeables par le droit d'auteur... Le raisonnement ne manque pas de rigueur, mais la conclusion a de quoi surprendre. De proche en proche, le droit d'auteur en viendrait-il à s'appliquer à des formules chimiques ou biologiques ?

Même si Pascal est le nom d'un langage-source apprécié dans le monde de l'informatique et que Proust patronne un logiciel dont l'efficacité n'est paraît-il plus à démontrer, gageons que l'auteur des « Pensées » et celui de la « Recherche » seraient surpris d'apprendre que leurs œuvres appartiennent à la même catégorie juridique que les instructions incorporées sur une puce de silicium.

4. Programme d'ordinateur et droit d'auteur : quelques difficultés futures

Si nous admettons, conformément à la tendance dominante,²⁷ l'application du droit d'auteur aux programmes, nous en relevons certaines difficultés qui ne sont cependant pas insurmontables.

1° Sur le plan pratique, l'action en contrefaçon qui sanctionne la violation d'un droit d'auteur est très longue à aboutir.

24. M. Plaisant, *La protection du logiciel par le droit d'auteur*, *Gaz. Pal.* 27 sept. 1983, p. 348, écrit justement que « ... le seul élément sensible est le résultat donné par l'exécution du programme... le programme utilisé pour réserver des places d'avions donne une réservation, mais le programme et son exécution sont totalement ignorés et de l'utilisateur et du client... Le programme est une expression pour celui qui le crée mais non pour les tiers. »

25. Sur les différences entre une œuvre musicale ou littéraire et un programme, A. Bertrand, *Protections juridiques du logiciel*, Éd. des Parques, 1984, pp. 69 et s.

26. « It seems that DNA molecules and ROM's are not different when viewed as functional information storage and processing media. » Pour plus de détails, cf. *Bio-technology*, february 1984, copyrightability of genetic works, pp. 138 et s.

27. Sur le plan international, fondamental pour assurer une protection efficace des programmes, voir les travaux de l'OMPI, notamment le projet de Traité sur la protection du Logiciel adoptant une approche inspirée du droit d'auteur.

La preuve de l'emprunt effectué au programme original sera cependant facilitée par la procédure de la saisie-description prévue par les articles 1481 et suivants du Code judiciaire belge. L'introduction d'instructions inutiles dans le programme original devrait également permettre de détecter et de sanctionner plus facilement les copies serviles.²⁸

L'antériorité du programme original peut être établie par le dépôt chez un notaire ou au Ministère des Finances.²⁹

2° Sur le plan des principes, plusieurs questions se posent que nous n'avons pas la prétention de résoudre dans cette étude.

a) Le logiciel de demain ne sera sans doute plus fait à la main mais créé à partir d'un autre logiciel. Quel sera le statut juridique de ce logiciel créé au second degré ? Peut-on lui étendre directement la protection par le droit d'auteur applicable au logiciel primaire ?

b) Un logiciel pourrait s'avérer à la fois protégeable par le brevet et par le droit d'auteur. Quelles seront les modalités du cumul des protections, à supposer que le principe même du cumul soit admissible ?

c) Sous réserve des œuvres collectives,³⁰ le titulaire du droit d'auteur est en principe la personne qui a créé l'œuvre. Il en résulte qu'une personne autre que le créateur ne pourrait être titulaire originel de ce droit mais titulaire dérivé. Les logiciels sont généralement élaborés en équipe : à ce titre, une réalisation logicielle peut constituer une œuvre de collaboration.³¹

Fréquemment, le travail d'équipe est le fait de salariés exerçant leur activité sous l'autorité d'un employeur qui sera souvent une personne morale.

Comment concilier un contrat de travail qui, assignant à l'employé une activité de recherche dans le domaine de l'analyse ou de la programmation informatique, laisse supposer que l'employeur entend exploiter le résultat de la recherche et le principe suivant lequel

28. Sur le procédé similaire du faux, récif. des cartes marines, voir l'intervention de M. Françon dans la protection juridique des logiciels, *op. cit.*, p. 7, sur la difficulté de détecter les contrefaçons de logiciel, M. Fournier, *ibid.*, p. 2.

29. En France, l'enveloppe Soleau ou le dépôt à l'Agence pour la protection des programmes (A.P.P.) permettent d'établir la date de la création du programme. Pour plus de détails, A. Bertrand, *op. cit.*, pp. 125 et s.

30. L'œuvre collective est classiquement définie comme l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct, sur l'ensemble réalisé.

31. En cas de pluralité de créateurs, il y a œuvre de collaboration. Pour plus de détails sur cette question, cf. L. Van Bunnin, *Droits intellectuels et problèmes de concurrence*, U.C.L. 1980, p. 140.

le droit d'auteur naît dans le patrimoine de la personne physique créatrice, même employée ? Si l'employeur est de surcroît une société de conseils dont l'objet est la commercialisation de programmes, la question se décompose de la façon suivante :

1. Comment va s'opérer le transfert des droits du créateur salarié sur le logiciel à l'employeur (hypothèse d'un *contrat de travail* ?)
2. Comment va s'opérer, le cas échéant, le transfert des droits du patrimoine de l'employeur (société de services), vers le patrimoine de ses clients (hypothèse d'un *contrat de commande* ?)

Sans prétendre fournir une réponse exhaustive à ces questions,³² nous pensons que les principes suivants peuvent être posés.

1. LE CONTRAT DE TRAVAIL

À notre avis, si le contrat de travail est muet sur la cession des droits d'exploitation d'œuvres réalisées par le salarié, l'employeur devient en principe le cessionnaire de ces droits pour les « créations de mission » correspondant à la fonction de l'employé dans l'exécution de son contrat.³³

La cession des droits d'exploitation est sans doute la cause, c'est-à-dire la contre partie du versement de la rémunération.

Sur le plan pratique, la tendance étant d'interpréter restrictivement ce qui lui est cédé, l'employeur fera bien, pour éviter toute incertitude, d'insérer une clause explicitant le type d'œuvre dont l'exploitation lui revient.

2. CONTRAT DE COMMANDE

Qui est titulaire du droit d'auteur quand un utilisateur fait réaliser par une société de conseils en informatique (S.S.C.I.), un logiciel spécifique adapté à ses besoins particuliers ? La question se pose ici avec acuité parce que l'élaboration d'un logiciel de ce type, sa conception et son « implémentation » impliquent une collaboration étroite entre les parties contractantes.

À notre avis, la S.S.C.I. qui réalise un programme à la demande d'un client a la qualité d'auteur. La conclusion d'un contrat de services ne remet pas en cause cette solution sauf si le contrat en question attribue expressément les droits d'auteur au client ou si, hypothèse beau-

32. Pour plus de détails, on lira les excellentes études de C. Le Stanc in la Protection Juridique des logiciels, 14 juin 1984, déjà cité, pp. 26 et s. et de J.L. Goutal, *La protection juridique du logiciel*, 1984, ch. XXXIII, pp. 201 et s.

33. Pour un exemple a contrario, voir l'affaire citée plus haut P. c/B.M.W. où il fut considéré que la création de programmes ne rentrait pas dans la mission d'un chef-comptable et que la société B.M.W. ne pouvait donc s'en prétendre titulaire.

coup plus délicate et plus rare à dégager autant du contenu du contrat que des circonstances concrètes, il s'avère que le client a donné à la société de conseil des instructions très précises, exclusives de toute originalité dans le chef de la S.S.C.I.³⁴

II. LA PROTECTION DES PROGRAMMES ET LE DROIT DES OBLIGATIONS

Même si la protection des programmes par le droit d'auteur s'affirme de plus en plus nettement et si le droit des brevets « accueille » certains types de programmes d'une façon moins restrictive que ne pourrait le laisser croire une analyse trop rapide, il n'en reste pas moins que les incertitudes ayant plané sur le principe même et l'étendue de ces deux modes de protection ont incité les créateurs de programmes à rechercher une protection dans le droit des contrats.

Les programmes d'ordinateur répondent en effet à la définition du savoir-faire (Know-how), au sens où l'entend notamment le professeur Mousseron.

« Le savoir-faire consiste en une connaissance technique, transmissible, non immédiatement accessible au public et non brevetée.³⁵ »

Celui qui entend exploiter ce savoir-faire peut exiger le secret de ses co-contractants, qu'il s'agisse de ses propres employés (A), ou de tiers désireux d'obtenir la communication du programme à titre onéreux (B).³⁶

A. La réservation du savoir-faire dans les relations de travail

1. Pendant la durée du contrat

Les employés sont tenus en vertu de leur contrat de travail (principe de l'exécution de bonne foi, Code civ. art. 1134 al. 3) d'une obligation de non-communication qui leur impose une totale discrétion en ce qui concerne le savoir-faire de l'entreprise.

L'employeur préfère souvent rendre indiscutable la réservation du savoir-faire par un jeu de clauses expresses dont le salarié ne pourra discuter l'existence.

34. Sur ce point A. Bertrand, *op. cit.*, pp. 78 et s. ; pp. 191 et s. Sur les diverses clauses rencontrées en pratique, B. Hanotiau, La propriété du logiciel sur mesure, *Droit de l'Informatique*, n° 1, 1984, p. 27.

35. J.M. Mousseron, Aspects juridiques du Know-how, *Cah. dr. de l'entr.* 1972, p. 1.

36. Nous ne discutons pas ici la nature des contrats de fourniture de logiciels qui fait l'objet d'un autre exposé, M. Goutal, dans son étude déjà citée, p. 202, n° 17, a bien tiré les conséquences, au plan contractuel, de la protection du logiciel par le droit de la propriété littéraire et artistique. Voir aussi A. Bertrand, *op. cit.*, pp. 136 et s.

2. À l'expiration du contrat

Détenteur de secrets techniques et commerciaux, l'employeur souhaitera en éviter la divulgation lorsque l'employé ou l'ouvrier quitte l'entreprise. L'employeur peut donc, contractuellement, prévoir le maintien d'une obligation au secret à charge de ses anciens salariés.

De toutes façons, qu'il y ait ou non clause contractuelle expresse, l'article 17, 3 de la loi belge du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail dispose que « le travailleur a l'obligation... 3° de s'abstenir, tant que cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci : a. de divulguer les secrets de fabrication ou d'affaires ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle ; b. de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence déloyale ».

L'employeur peut, par une clause de non-concurrence expresse, interdire au travailleur d'exercer postérieurement une activité similaire, que ce soit à son propre compte ou au profit d'un concurrent.

La validité de ce type de clause est cependant soumise à des conditions très strictes par la loi.

La clause de non-concurrence, comme la clause de secret d'ailleurs, ne peut avoir pour conséquence de compromettre les possibilités de reclassement du salarié. Comme le souligne M. Gemigniani,³⁷ « The employer must beware of clauses which so restrict the employees opportunities for alternative employment as to be unconscionable ». Finalement, c'est à la « prudence » du juge que l'on s'en remettra pour opérer la conciliation, difficile à déterminer abstraitement, entre la liberté de travail d'une part et le droit d'exploitation de l'ancien employeur d'autre part.

B. La réservation du savoir-faire en dehors d'une relation de travail

1° La clause 11 du contrat de licence de programme IBM,³⁸ reproduite ci-dessous, servira de point de départ à la réflexion.

« Afin de remplir ses obligations dans le cadre du présent contrat, le Client s'engage à prendre les mesures appropriées par voie d'instruction interne, par contrat ou par tout autre moyen vis-à-vis de toute personne autorisée à avoir accès au matériel sous licence.

Toutes les copies de matériel sous licence faites par le Client, y compris les traductions, les compilations et les copies partielles intégrées dans des modifications ou des ensembles distincts, sont la propriété IBM.

37. M. Gemigniani, Legal Protection for computer software, *The view from 79*, Rutgers Journal of Computers and the Law, 1980, p. 305.

38. Contrat de licence de programmes I.B.M. 9500-7/3/79.

Le Client reproduira et inclura la mention de copyright dans ces copies, conformément aux instructions en la matière fournies par IBM...

Sauf accord écrit préalable d'IBM, le Client s'engage à ne pas fournir le matériel sous licence, sous quelque forme que ce soit, et à ne le mettre à la disposition de quiconque à l'exception de ses employés, du personnel IBM ou de toute autre personne pendant le temps où elle se trouve chez le Client dans un but directement lié à l'utilisation du programme sous licence par celui-ci ».

Pour amortir ses propres investissements et faire des bénéfices, le producteur choisit de *communiquer* sa création à un cocontractant auquel il interdit de la divulguer.

Le client s'engage notamment à prendre des mesures appropriées.

Que faut-il entendre par là ?

Certainement des précautions sur le plan technique consistant à réduire l'accessibilité ou la lisibilité du programme par l'emploi de codes secrets ou de la version machine. Des précautions sur le plan juridique également consistant à faire signer à chaque employé utilisateur un engagement de non-divulgateur.

— Le communiquant peut aussi imposer une limitation du nombre des équipements sur lesquels les programmes peuvent être utilisés, des restrictions quant au nombre et à la qualité des personnes ayant accès aux programmes, quant au nombre de copies...

2° Nous avons envisagé jusqu'ici l'obligation au secret pesant sur le client. L'hypothèse inverse se conçoit aussi : le prestataire de services est tenu à l'égard de son client d'une obligation de confidentialité quant aux informations commerciales ou techniques transmises pour l'exécution du contrat.³⁹

La solution peut être déduite des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil. Une disposition contractuelle spécifique n'est cependant pas inutile car elle confirme et délimite l'obligation de confidentialité.

3° Quel est l'effet d'une clause de secret ?

Essentiellement *relatif* (C. civ. art. 1165). Les tiers ne sauraient être tenus par une convention à laquelle ils sont étrangers et le secret, une fois diffusé, peut être en principe librement utilisé par eux.

La clause n'en conserve pas moins vis-à-vis du contractant un pouvoir dissuasif : elle lui interdit les révélations à titre onéreux et les *sous-communications* qui lui permettraient de concurrencer le communiquant initial.

39. A. Bertrand, *op. cit.*, p. 155.

La clause n'est certes pas totalement adéquate pour des « produits » destinés à être largement diffusés, tels les logiciels.

C'est alors que le droit d'auteur offre au créateur sa protection *erga omnes*, complémentaire de la protection contractuelle qui définit dans chaque cas particulier les droits concédés par l'auteur.

Cette combinaison des modes de protection atteste la nature hybride du logiciel qui emprunte à la fois au savoir-faire et à l'œuvre de l'esprit.