

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection juridique des programmes d'ordinateurs

Thunis, Xavier

Published in:

Le droit des contrats informatiques

Publication date:

1983

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 1983, La protection juridique des programmes d'ordinateurs. dans *Le droit des contrats informatiques*. vol. 4, Précis de la Faculté de droit de Namur, vol. 4, Larcier , Bruxelles, pp. 430-444.

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.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION JURIDIQUE DES PROGRAMMES D'ORDI- NATEURS

par Jean-Jo EVRARD
(Avocat au Barreau de Bruxelles)
et Xavier THUNIS
(Facultés Universitaires de Namur)

Pour aborder, de manière complète, le problème de la protection juridique du logiciel, il faut poser et si possible résoudre les deux questions suivantes :

- 1° Le logiciel doit-il être protégé ? Le *principe* d'une protection se justifie-t-il ? (Section 1).
- 2° Comment le logiciel peut-il être protégé ? Quelles sont les *modalités* qu'une protection reconnue nécessaire peut revêtir ? (Section 2).

SECTION 1 Le principe de la protection

Il est en général reconnu (4) qu'une protection du logiciel s'impose pour les raisons suivantes.

- 1° *Par souci d'équité*, parce que le logiciel implique des recherches et des investissements importants : le temps nécessaire à l'étude et à la préparation de programmes d'ordinateur est considérable (5) et représente plusieurs heures/mois de travail acharné. L'industriel, qui a engagé des fonds et des hommes pour aboutir à la création d'un logiciel utile, mérite rémunération.

D'après l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.), le problème de la protection va devenir d'autant plus aigu que le logiciel représentera, à l'avenir, une part croissante des dépenses consacrées aux systèmes informatiques, que les investissements exigés par le logiciel ne cessent d'augmenter et que la tendance est au logiciel normalisé beaucoup plus vulnérable au pillage que le logiciel sur mesure (6).

(4) A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, Paris, Librairies techniques, 1975, n° 37 et s.
M. De Brabanter et R. Vanderperre, Aspects particuliers de la protection juridique du logiciel, Ing. cons. — Rev. dr. intell., 1976, p. 137 et s.
(5) et (6) O.M.P.I., Dispositions-types sur la protection du logiciel, Genève, 1978, p. 3 et s.

Une protection intéresse donc les créateurs de logiciel, surtout les entreprises indépendantes spécialisées dans la production de celui-ci.

- 2° *Par souci de l'intérêt général*. Il ne suffit pas d'investir des fonds pour prétendre ipso facto à une protection quelconque.

Mais le logiciel, comme l'informatique dans son ensemble, favorise les rationalisations : il est utile à la collectivité, il promeut le progrès scientifique et technique qui est une facette importante de l'intérêt général.

Il faut donc en stimuler la création et la diffusion par une protection adéquate.

La diffusion du logiciel notamment éviterait que des analystes ne se consacrent, en secret, chacun de leur côté, à la réalisation de logiciels déjà existants. Il ne sert à rien de réinventer la roue ...

Bref, une protection adéquate du logiciel permettrait, selon l'expression de M. Lucas, d'éviter « les pillages et les gaspillages ».

SECTION 2 Les modalités de la protection

Une protection semble souhaitable. Il reste à s'interroger sur la forme qu'elle pourrait revêtir.

Le programme d'ordinateur est une suite d'instructions permettant à la machine (l'ordinateur) de traiter de l'information. Il est une composante du logiciel qui inclut également la documentation connexe.

Incontestablement, le programme se présente comme une création de l'esprit. Pour la protéger, le juriste songe à solliciter le droit de la propriété intellectuelle. Celui-ci confère au créateur une protection privative, une exclusivité sur sa création envisagée en tant qu'invention (droit des brevets) ou en tant qu'œuvre littéraire (droit d'auteur) (§ 1).

Par ailleurs, le créateur du programme peut également recourir à un mode de protection non privative (§ 2), le secret auquel le droit pénal, le droit des contrats et le droit de la responsabilité civile viennent prêter leur appui.

Dans l'avenir, une législation spécifique, élaborée au plan international pourrait,

XT-III/1
AD

si elle est acceptée au niveau national, protéger et rémunérer le fruit des efforts du créateur de logiciel (§ 3).

§ 1 : LA PROTECTION PRIVATIVE

Article 1. — Le brevet d'invention

Pour qu'une invention soit protégeable par le droit des brevets, il faut qu'elle soit susceptible d'application industrielle et qu'elle revête une nouveauté significative (originalité).

C'est sur base de l'absence de caractère industriel que la brevetabilité est refusée aux programmes d'ordinateurs : ceux-ci sont considérés comme des idées appartenant à un fonds commun non monopolisable, comme des systèmes à caractère abstrait ne concourant pas à l'obtention d'un résultat industriel immédiat, c'est-à-dire d'un effet utile, tangible, palpable.

Les pays, qui ont ratifié la Convention de Munich du 5 octobre 1973 (7), notamment l'Allemagne, la France et la Belgique ont conformé (France, Allemagne) ou vont conformer (Belgique) (8) leurs législations à l'article 52 de la Convention qui interdit la délivrance d'un brevet pour un programme d'ordinateur considéré en tant que tel. Ceci n'exclut pas la brevetabilité d'inventions qui font intervenir pour leur mise en œuvre un ordinateur programmé (9). Il semble que la jurisprudence américaine, assez erratique, aboutisse à la même position (10).

On ne reprendra pas ici un débat théorique visant à dénier ou à établir le caractère industriel d'un programme d'ordinateur (11), encore qu'on puisse discuter le critère d'exclusion des programmes du champ de la brevetabilité : les programmes du système d'exploitation (12), les programmes commandant un processus industriel n'ont-ils vraiment aucun effet technique ?

(7) Convention de Munich du 5 octobre 1973, relative à la délivrance du brevet européen.

(8) Cf. Le projet de loi belge relatif aux brevets du 4 septembre 1981, Doc. parl., Ch. des représentants, S.O. 1980-1981, 919/1.

(9) Affaire Schlumberger, Paris, 15 juin 1981, Expertises, n° 38, 1982, p. 49.

(10) Pour un commentaire, cf. R.H. Stern, La protection juridique du logiciel, La propriété industrielle, avril et mai 1982. Un brevet a été récemment octroyé par le Patent Office aux États-Unis pour « a data processing for an improved securities brokerage/cash management system » (Financial Times, 1^{er} octobre 1982, p. 30).

Rien ne dit cependant que les cours et tribunaux américains (Court of customs and patent appeals (C.C.P.A.) et US Supreme Court notamment) tiendront le brevet pour valable.

(11) A ce sujet, cf. A. Lucas, op. cit., n° 212 et s.

(12) Programmes liés au fonctionnement même de la machine (gestion des mémoires de l'ordinateur).

En réalité, le droit des brevets fournit un cadre inadéquat parce qu'appliqué strictement, il exige une activité inventive, une nouveauté significative, critère auquel très peu de programmes pourront satisfaire (13).

Par ailleurs, sur le plan pratique, la procédure de délivrance d'un brevet ne s'accorde pas avec l'évolution technologique rapide qui caractérise l'informatique.

Les programmes peuvent être longs et complexes. La simple rédaction de la demande exigera beaucoup (trop) de temps du créateur qui doit y prendre soin car la définition et la description correctes de l'invention conditionnent l'étendue de ses droits.

A cela s'ajoute la lenteur de la procédure d'octroi, dans les pays à examen préalable.

A supposer même que l'invention soit brevetée rapidement, le titulaire de l'invention rendue publique peut éprouver des difficultés à contrôler son titre car la divulgation favorise une contrefaçon intentionnelle difficilement repérable.

Article 2. — Le droit d'auteur

Faute d'obtenir la protection du contenu inventif du programme, on cherchera dans le droit d'auteur une protection de la forme sous laquelle le programme est présenté.

Le contenu des différentes législations sur le droit d'auteur est assez semblable : 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 ...

Le programme, œuvre du langage, rentre dans cette définition.

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

Le fond du programme, l'algorithme n'est donc pas protégé par le droit d'auteur. Celui-ci ne protège que la forme du programme, la structure et l'agencement de ses

(13) Rapport O.M.P.I., Le droit d'auteur, 1978, p. 9.

étapes, l'organigramme (14).

- 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.
Selon d'éminents auteurs (15), le choix ouvert à l'analyste entre plusieurs modes d'expression et de représentation plus ou moins élégants, plus ou moins efficaces, permet la manifestation de la personnalité.

Aux Etats-Unis, la loi du 12 décembre 1980 intitulée « Computer software copyright Act » lève toute incertitude en reconnaissant explicitement les droits des concepteurs de programmes.

En France, certaine jurisprudence récente tend à accorder le bénéfice du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur (16).

En Belgique, aucune décision n'a, à notre connaissance, été rendue en ce domaine.

Bien que l'application du droit d'auteur aux programmes représente la tendance dominante, il faut constater qu'elle suscite cependant nombre de difficultés tant sur le plan *théorique* que sur le plan *pratique*.

- 1° 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 ? Comment distinguer entre un algorithme non protégeable et un organigramme proté-

(14) 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., octobre 1972, p. 81, compare l'organigramme à un scénario ou au plan d'un ouvrage artistique.
(15) E. Ulmer, op. cit., p. 79 ; C. Le Stanc, La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, Dossier Brevets, 1979, IV, Montpellier.
(16) Trib. comm. Paris, 18 novembre 1980, Pachot c/ Société L'Industrie du Boyau, Expertises, n° 39, 1982, p. 72 ; le jugement admettant la protection du programme par le droit d'auteur a été confirmé par la Cour d'appel de Paris (4ème ch.) dans un arrêt du 2 novembre 1982.

geable ? (17).

La véritable originalité se situe, nous semble-t-il, dans l'algorithme et non dans sa représentation graphique ou son expression.

- 2° Le droit d'auteur ne couvre que les reproductions de l'œuvre et non l'utilisation de celle-ci.
3° On envisage difficilement l'application au programme des attributs moraux du droit d'auteur, tels le droit de retrait, le droit de paternité, le droit au respect de l'œuvre dans sa forme et son esprit. De même, la longueur du droit d'auteur (50 ans après le décès de l'auteur) fait contraste avec la durée de vie, généralement assez courte, des programmes.

En vérité, il y a discordance entre la protection *recherchée* qui est celle d'un investissement financier et la protection *offerte* par le droit d'auteur qui vise la créativité et la personnalité de l'auteur à travers l'œuvre (18).

- 4° La preuve de l'emprunt effectué sera difficile à rapporter car le copieur peut avoir procédé à des changements mineurs pour éviter l'accusation de reproduction servile et échapper ainsi à une action en contrefaçon d'ailleurs très longue à aboutir.

§ 2 : LA PROTECTION NON PRIVATIVE

La voie du brevet est généralement interdite, la voie du droit d'auteur est permise mais incertaine.

(17) Les controverses doctrinales sur la portée de la protection accordée par le droit, attestent la complexité de la question et la difficulté de distinguer entre algorithme non protégeable et organigramme protégeable.

Comp. A. Lucas, La protection des programmes d'ordinateurs, Rev. de Jurisp. Comm., not., 1979, p. 483 et F. Gorzen, L'ordinateur et la propriété intellectuelle, J.T., 1976, p. 90.

M. Lucas soutient que n'importe qui peut « moyennant des modifications mineures, reprendre librement à son compte la démarche logique du créateur sans encourir les sanctions de la contrefaçon. Cet emprunt ne peut être assimilé à une adaptation puisque la *structure essentielle* du programme (nous soulignons) doit être considérée comme appartenant au domaine public, en vertu du principe de l'inaliénabilité des idées ». M. Gotzen prétend au contraire qu'il ne suffirait pas, pour échapper à l'emprise du droit d'auteur, de changer quelques détails. Tant que subsiste la *structure essentielle* de l'original (nous soulignons), il ne s'agira que d'une adaptation subordonnée à l'autorisation de l'auteur ». A notre avis, le droit d'auteur, appliqué au programme, ne prohibe pas les reproductions serviles de celui-ci.

(18) Sur le problème significatif de l'application de la loi américaine de 1980 aux programmes-objets, cf. R.H. Stern, La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats-Unis d'Amérique, La propriété industrielle, avril 1982, p. 161 et s.
Sur la protection qu'offre le droit des marques, R.H. Stern, op. cit., p. 157, note 2.

Le créateur peut donc préférer garder le *secret* sur son programme. La loi du silence lui confèrera un monopole de fait sur la totalité de sa création : la distinction entre l'idée (non protégeable) et la forme (protégeable) disparaît ici.

Article 1. — Secret et droit pénal

La violation du secret peut être sanctionnée pénalement en cas de *vol* du support matériel du programme, bandes ou disques.

Mais la copie d'un programme n'implique pas nécessairement la soustraction de son support matériel, soustraction pourtant requise pour qu'il y ait *vol* au sens de l'article 461 du Code pénal belge (19). Un texte apparemment plus adapté est l'article 309 du Code pénal belge qui punit celui qui aura frauduleusement ou méchamment communiqué des secrets de fabrication dans laquelle il a été ou est encore employé.

La communication doit être faite méchamment ou frauduleusement, ce qui n'englobe pas la divulgation simplement fautive (20). De plus, le texte ne frappe pas le tiers de bonne foi qui exploite le secret divulgué. Le tiers ne peut être poursuivi que s'il apparaît comme coauteur ou complice de l'infraction commise par le divulgateur.

Article 2. — Secret et droit des contrats

Les programmes d'ordinateur répondent certainement à la définition du savoir-faire qu'a donnée le professeur Mousseron : « le savoir-faire consiste en une connaissance technique, transmissible, non immédiatement accessible au public et non brevetée » (21).

Le détenteur d'un savoir-faire, qui entend garder le secret peut trouver appui juridique dans le droit des contrats, qu'il s'agisse de contrats passés avec des salariés ou avec des tiers.

1) La réservation du savoir-faire dans les relations de travail

a) Pendant la durée du contrat

Les employés sont tenus, en vertu de leur contrat de travail (principe de l'exécution de bonne foi, article 1134, al. 3, du Code civil) d'une obligation de non-

(19) Pour une discussion de la question, voir A. Bensoussan, *Répression et informatique. Informatique et gestion*, janvier-février 1982, n° 130, p. 42 et s. Du même auteur, *Le vol des programmes et des fichiers, Expertises*, n° 27, 1981, p. 15 et s.

(20) J.J. Evrard, *La sécurité à l'égard des employés*, FAIB, 5-6 octobre 1982, p. 92.

(21) J.M. Mousseron, *Aspects juridiques du know-how*, Cah. du Dr. de l'entrepr., 1972, p. 1.

communication qui leur impose une totale discrétion en ce qui concerne le savoir-faire de l'entreprise.

L'employeur préférera souvent rendre indiscutable la réservation du savoir-faire par un jeu de clauses expresses dont le salarié ne pourra discuter l'existence (22).

b) A l'expiration du contrat

Détenteur de secrets techniques et commerciaux, l'employeur souhaitera en éviter la divulgation lorsque l'employé quitte l'entreprise. L'employeur peut donc, contractuellement, prévoir le maintien d'une obligation au secret à charge de ses anciens salariés (23).

De toutes façons qu'il y ait ou non clause contractuelle expresse, l'article 17, 3° a, de la loi belge du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, dispose que « le travailleur a l'obligation de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci, 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 ».

L'obligation de discrétion est donc très large (24).

2) La réservation du savoir-faire en dehors d'une relation de travail : la communication de savoir-faire (le contrat de know-how)

La clause 11 du contrat de licence de programme IBM (25), reproduite ci-dessous, servira de point de départ à une réflexion sur le support juridique du secret de commerce.

« 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

(22) R. Fabre, *Le know-how, sa réservation en droit commun*, Paris, Librairies techniques, 1976, p. 173, n° 269.

(23) R. Fabre, op. cit., n° 284 : à défaut de stipulation contractuelle, la violation par le salarié d'un secret appris chez son précédent employeur constitue une faute délictuelle génératrice d'une obligation de réparation.

(24) La clause de secret ne peut cependant pas être large au point d'entraver la liberté de travail du salarié. Comme le souligne M. Gemignani, *Legal protection for computer software*, The view form 79, Rutgers Journal of Computers and the Law, 1980, p. 305 : « The employer must beware of clauses which so restrict the employees opportunities for alternative employment as to be inconsonant » ; voir aussi G. Cornu, *Contrats spéciaux*, R.T.D. civ., 1979, p. 812.

(25) Contrat de licence de programmes IBM, 9500-7-3/79.

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 d'IBM.

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 d'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 donc de *communiquer* sa création à un cocontractant auquel il interdit de la divulguer.

Que doit-on entendre par « mesures appropriées » ? certainement des précautions sur le plan technique consistant à réduire l'accessibilité ou la lisibilité du programme par l'ensemble de codes secrets ou de la version machine (26). Des précautions sur le plan juridique également consistant à faire signer à chaque employé 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 au programme, quant au nombre de copies ...

Quelles que soient les précautions imposées au communicataire, l'obligation mise à charge n'est que de moyens et non de résultat : on ne saurait certifier qu'un secret ne viendra pas à être divulgué.

Entre parties, l'intérêt d'une clause de non-communication est surtout dissuasif : une telle clause a essentiellement pour effet d'interdire les révélations à titre onéreux, les sous-communications qui placeraient l'utilisateur en concurrence avec le communiquant initial. Cependant, l'efficacité de la protection contractuelle du secret est toute

relative : les tiers ne sauraient être tenus par une convention à laquelle ils sont étrangers (article 1165 du Code civil) et le secret, une fois diffusé, peut être en principe librement utilisé par eux. Seules, les techniques de la responsabilité civile délictuelle et plus spécifiquement l'action en concurrence déloyale permettent de les atteindre dans certains cas.

Article 3. — Les principes généraux réprimant la concurrence déloyale

L'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce interdit à un commerçant ou artisan « de porter atteinte ou tenter de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans » (27).

Il est possible, sur base de cette disposition, de s'opposer à l'utilisation de programmes résultant de l'accomplissement d'actes déloyaux tels que la violation de secrets de fabrique ou encore le débauchage d'employés dans le but de connaître lesdits secrets.

La protection offerte par le droit de la concurrence déloyale est assez large dans le cas d'une copie servile. En effet, les présidents des tribunaux de commerce — qui connaissent de l'action en cessation en vertu de l'article 55 de la loi du 14 juillet 1971 — ont consacré la notion de « concurrence parasitaire » (28) qui vise tous les actes par lesquels un commerçant tire indûment profit des efforts déployés par un autre commerçant pour mettre au point un produit. Sur base de ce principe, ils ont condamné la fabrication et la vente de disques et de cassettes pirates, c'est-à-dire de disques et de cassettes constituant la copie servile de produits originaux. Dans ce cas, le « parasitisme » est évident en ce sens que le pirate, en copiant servilement un disque ou une cassette, épargne les frais, souvent considérables, que le fabricant doit consentir (droits d'auteur, publicité, etc ...).

Cette jurisprudence qui est à présent constante peut, sans aucun doute, être appliquée à la copie servile de programmes (29). C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le président du Tribunal de commerce de Bruxelles, dans une ordonnance rendue le 17 septembre 1982 (inédite), faisant droit à une action en cessation intentée pour copiage et diffusion illicite de programmes. L'ordonnance est très prudente : elle ne se prononce pas sur la nature des programmes.

(27) La nature de commerçant, au sens de l'article 54 de la loi sur les pratiques du commerce, serait plus large que celle contenue dans le Code de commerce. Pour plus de détails, J.J. Evrard et T. van Innis, *Les pratiques du commerce ... (1971-1977)*, chronique de jurisprudence, J.T., 1978, p. 37, n° 71.

(28) J.J. Evrard et T. van Innis, chronique citée, n° 79.

(29) Dans ce sens pour la France, Ph. Le Tourneau, *Variations autour de la protection du logiciel*, *Gaz. Pal.*, 1982, p. 371. et s.

(26) Le fournisseur, pour se prémunir de la divulgation, conserve d'ailleurs très souvent le programme-source.

Il importe de souligner que l'on peut s'opposer non seulement à la fabrication de programmes pirates, mais également à leur offre en vente même par des personnes qui n'ont pas réalisé elles-mêmes la copie ; en cette matière, en effet, la bonne foi est inopérante.

Enfin, on sera attentif à l'article 56 de la loi du 14 juillet 1971 qui exclut de l'action en cessation les actes de contrefaçon « sanctionnés par les lois sur les brevets d'invention, les marques de fabrique ou de commerce, les dessins ou modèles industriels et les droits d'auteur ».

Synthèse : l'efficacité pratique des différents modes de protection

Si la question de la protection des programmes par la loi sur les brevets et celle sur le droit d'auteur n'est pas résolue de manière définitive et donnera encore lieu à d'importantes controverses doctrinales, il est certain qu'en pratique, la mise en œuvre d'une telle protection donnerait naissance à des procès longs et coûteux qui, finalement, ne satisferaient pas les créateurs, ceux-ci désirant une protection rapide et efficace. A notre connaissance, il n'existe, en Belgique tout au moins, aucune décision de jurisprudence, ce qui semble indiquer que ces voies ne sont pas utilisées.

Revendiquer la protection du brevet ou du droit d'auteur est toutefois intéressant dans la mesure où cela rend possible le recours à la procédure de saisie-description prévue par les articles 1481 à 1488 du Code judiciaire : cette procédure permet au juge des saisies de nommer un expert chargé de pénétrer par surprise chez le présumé contrefacteur, de décrire les programmes et autres documents argués de contrefaçon et de recueillir, de manière générale, toutes informations relatives à ladite contrefaçon. L'expert doit consigner ses observations dans un rapport à déposer au greffe du tribunal de première instance. Notons toutefois que l'article 1488 du Code judiciaire impose au saisissant d'intenter une action en contrefaçon dans le mois suivant le dépôt du rapport ; à défaut d'avoir intenté une telle action, il ne peut faire usage du contenu du rapport ou le rendre public, « le tout sans préjudice de dommages-intérêts » (article 1488 du Code judiciaire).

La protection par *contrat* est certainement la plus utilisée : tous les contrats relatifs au logiciel imposent des obligations strictes de confidentialité. Il est difficile de dire si ces obligations sont en fait respectées, mais les dispositions contractuelles ont un effet dissuasif assurant une certaine forme de protection.

La protection par le droit de la *concurrence déloyale* dans le cas d'une copie servile est celle qui, sur le plan judiciaire, offre une réelle efficacité. En effet, la répression des actes de concurrence déloyale est assurée par le président du tribunal de commerce

dans le cadre de l'action en cessation telle qu'elle est organisée par les articles 55 et suivants de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce ; le président est habilité à ordonner la cessation des actes déloyaux et à prévoir des mesures de publicité. L'action menée comme « en référé » permet d'obtenir rapidement une décision. D'autre part, l'efficacité de l'ordre de cessation est certaine, le président ayant la possibilité d'assortir son ordre d'une astreinte, c'est-à-dire d'une pénalité due en cas de violation de cet ordre par le commerçant déloyal.

De ces considérations relatives à l'efficacité des différents modes de protection peut être déduit l'intérêt, pour le client, des clauses relatives aux droits de propriété industrielle que l'on trouve dans les contrats de licence de logiciel ; ces clauses prévoient généralement que « le donneur de licence garantit le « licencié » contre toute action en contrefaçon de brevet ou de droit d'auteur qui serait intentée par un tiers du chef de l'utilisation des programmes donnés en licence ».

Si ces clauses offrent un réel intérêt dans les contrats de licence de brevets, elles sont beaucoup moins importantes dans les contrats de logiciel puisque les risques effectifs de voir un tiers intenter une action en contrefaçon d'un brevet ou du droit d'auteur sont extrêmement faibles.

En revanche, ces clauses ne prévoient généralement pas le cas d'une action en concurrence déloyale intentée par un tiers concepteur du programme alors que, si le programme cédé est une copie servile d'un autre programme, le risque d'une telle action existe. Les utilisateurs doivent dès lors être vigilants et exiger que la garantie du donneur de licence couvre toute action menée par un tiers.

§ 3 : VERS UNE LÉGISLATION SPÉCIFIQUE ?

Même si aucune décision significative n'a encore été rendue en Belgique, la tendance actuelle est à la protection du logiciel par le droit d'auteur, que cette protection se dessine sur le plan jurisprudentiel (France, Allemagne) ou soit expressément inscrite dans une loi (Etats-Unis : Computer Software Copyright Act). La même tendance se décèle dans les *dispositions-types élaborées par l'O.M.P.I. (30)*, qui portent la marque d'une filiation très nette avec le droit d'auteur.

Ces dispositions-types qui visent à encourager la création et la diffusion du logiciel sont destinées à aider les législateurs nationaux à compléter ou à amender les législations existantes. Elles prévoient, au profit du créateur, l'attribution d'un monopole

(30) Dispositions-types sur la protection du logiciel, Genève, 1978. Pour une vue d'ensemble des protections possibles du logiciel sur le plan international, cf. H. Brett et L. Perry, *The legal protection of Computer Software*, ESG Publishing Ltd, Oxford, 1981, p. 145 et s.

pour autant que le logiciel soit le fruit d'un *travail intellectuel personnel* (dispositions-types, art. 3) : cette condition paraît moins rigoureuse que la condition d'originalité entendue au sens strict.

Par ailleurs, l'article 5 des dispositions-types de l'O.M.P.I. reconnaît au titulaire du programme, le droit d'interdire non seulement la reproduction mais aussi l'utilisation du logiciel en machine, ce qui constitue un aspect important de la protection recherchée par les auteurs.

La distinction entre la forme et le fond d'un logiciel est maintenue : « Les droits conférés par la présente loi ne s'étendent pas aux notions sur lesquelles le logiciel est fondé » (art. 4 des dispositions-types).

Cette distinction pourrait réduire très sensiblement l'intérêt de la protection accordée dans la mesure où l'originalité d'un programme apparaît dans l'algorithme, c'est-à-dire dans la démarche logique à la base du programme.

Une approche plus radicale et novatrice consisterait donc à accorder un monopole sur l'algorithme véritablement original.

S'agirait-il d'un monopole sur une idée ? Nous ne le pensons pas. Il y va plutôt d'un monopole sur l'application d'une « idée » à la résolution d'un problème donné de programmation, ce qui n'interdit pas l'application libre de l'algorithme à d'autres problèmes particuliers de programmation (31).

Indépendamment de l'étendue du droit concédé au créateur, se pose la question de la naissance de ce droit : faut-il ou non la subordonner à un dépôt ? Les dispositions-types ne tranchent pas la question. A notre avis, la solution du dépôt serait préférable.

Pour le créateur, le dépôt aurait l'avantage d'établir une date certaine quant à l'origine du droit, ce qui faciliterait la preuve de la contrefaçon.

Pour la collectivité, le dépôt, avec obligation de publication, assurerait la divulgation et la diffusion du logiciel.

Il ne faut cependant pas sous-estimer les énormes difficultés pratiques qu'implique la solution du dépôt : la mise sur pied d'une organisation complexe qui devrait enregis-

(31) C'est en ce sens qu'il faut interpréter, croyons-nous, la distinction proposée par M. Vanderperre (La protection juridique du logiciel. Rev. dr. intell. — Ing. cons., octobre 1978, p. 277) entre les algorithmes appliqués et les algorithmes généraux indépendants de toute application spécifique.

trer les dépôts, les classer (suivant quels critères ?), rendre les programmes accessibles au public ...

D'autre part, le dépôt entraîne des frais que les créateurs de programmes n'accepteraient pas nécessairement de supporter. A cet égard, l'expérience décevante de la loi uniforme Bénélux sur les dessins et modèles qui prévoit un dépôt obligatoire est significative : elle montre que les industriels répugnent à supporter des frais de dépôt dans les domaines où de nombreux modèles sont créés et n'ont qu'une brève durée de vie (ex. : industrie de la chaussure). Il est à craindre que le même phénomène se produise pour les programmes qui sont des « produits » (au sens commercial du terme) en perpétuelle évolution.

Enfin, la question des frais mise à part, il n'est nullement certain qu'un système de dépôt recueillerait les faveurs des créateurs précisément en raison du fait que le dépôt rendrait leurs programmes accessibles au public et augmenterait les risques de copiage.

Quoique sérieuses, toutes ces objections ne sont pas décisives : à notre avis, les difficultés pratiques ne sont pas insurmontables, comme l'atteste le système de dépôt adopté en matière de brevets qui constitue un antécédent encourageant.

Il reste que le dépôt implique des frais et augmente la possibilité de copiage, il est vrai.

Pour éviter les risques de contrefaçon intentionnelle que ferait courir au créateur une publication in extenso, on pourrait envisager une description abrégée du programme (comportant notamment des indications sur son efficacité et sa nouveauté ...) qui informerait l'utilisateur potentiel sans lui donner la possibilité de contrefaire. Cette solution permettrait aussi d'éviter au créateur la perte de temps consécutive à la description du programme dans son intégralité.

Par ailleurs, dans un souci de célérité et d'économies, l'enregistrement du dépôt ne devrait pas être précédé d'un examen de la demande, la validité des droits en cause ne serait soulevée qu'en cas de litige ultérieur ...

Force est de reconnaître néanmoins que toute législation, même bonne sur le fond, réalisant un subtil dosage de l'intérêt individuel et collectif, connaît une limite fondamentale à son application : la « fluidité » du programme d'ordinateur. La détection et la preuve d'une contrefaçon sont, en effet, particulièrement difficiles chaque fois que les activités du présumé contrefacteur se cantonnent à l'utilisation du programme. Si le créateur ignore que son programme est utilisé, la législation ne s'appliquera pas ...

Aucun texte de loi ne peut supprimer la « fluidité » d'un programme, le *développement des précautions techniques* (32) (clés d'utilisation, etc) est donc le facteur-clé d'une protection efficace du logiciel.

Le droit joue ici un rôle d'appoint en offrant de multiples voies : l'action en contrefaçon contre celui qui commercialiserait un programme contrefait (à supposer que le droit d'auteur ou une législation s'en inspirant soit reconnue applicable), la protection du secret par le droit pénal, le droit des contrats et le droit de la responsabilité civile délictuelle (action en concurrence déloyale). Une solution, retenue actuellement par la pratique, combine la protection par le droit d'auteur et par le droit des contrats (33).

Le caractère hybride, sur le plan juridique, de cette solution ne fait que refléter la nature complexe du programme qui emprunte au savoir-faire et à l'œuvre de l'esprit.

(32) L'idéal, à notre avis, serait que le développement de ces précautions techniques soit tel qu'elles ne puissent être tournées que moyennant un coût important, en hommes et en temps, pour le copieur. Si le prix du logiciel n'est pas trop élevé, des précautions techniques bien conçues peuvent décourager le copiage. Dans le même sens, Ph. Le Tourneau, op. cit., p. 370 ; K.J. Dakin et D.A. Higgins, *Fügerprinting, a program Datamation*, April 1982, p. 133 et s.

(33) La référence au droit d'auteur est très fréquente dans les contrats de licence de programmes. Elle ne vise que l'opposabilité aux tiers des droits du créateur. Entre parties jouera, en cas de violation de la clause de secret, la responsabilité contractuelle. Sur la compatibilité des notions d'œuvre et de savoir-faire, cf. R. Fabre, op. cit., n° 185 et s., spéc. n° 196 et 197.