

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Observations sous Comm. Charleroi, 19 janvier 1993

Montero, Etienne

*Published in:*  
Revue régionale de droit

*Publication date:*  
1993

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Montero, E 1993, 'Observations sous Comm. Charleroi, 19 janvier 1993', *Revue régionale de droit*, Numéro 68, p. 404-412.

#### 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.

## Tribunal de Commerce de Charleroi

19 janvier 1993

Siège.: MM. J.P. Lebeau, prés.; A. Hespel et R. Steenwinckels, juges cons.  
Plaid.: MMes Bringard et Casier.

(S.P.R.L. AB2M computers c/ S.C. Cogestic)

### INFORMATIQUE - Sources d'un logiciel - Protection par le droit d'auteur - Condition d'originalité (non remplie en l'espèce) - Cession - Utilisation ultérieure par le cédant (licite).

*Les codes sources constituent l'aspect proprement créateur dans la mise au point d'un logiciel et restent la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque par la suite le logiciel est mis en vente.*

*Dès lors que les sources elles-mêmes sont vendues, l'on devrait considérer que le vendeur a cédé le droit d'auteur qui protège ces sources et qu'il n'est plus habilité à les utiliser pour son propre compte.*

*Toutefois si les sources qui ont fait l'objet de la cession ne sont pas originales et ne peuvent donc être protégées par un droit d'auteur, le cédant ne commet pas de faute en continuant à les utiliser.*

#### LE TRIBUNAL,

.....

En 1980, l'Union pharmaceutique de Charleroi a créé la S.C. Cogestic avec pour objet de développer un logiciel de gestion à usage des pharmaciens.

La S.P.R.L. AB2M Computers a été fondée en 1982 également dans la mouvance de l'Union pharmaceutique; cependant, par la suite, les deux sociétés vont se développer de façon indépendante et poursuivre une activité concurrente.

Le 29 mai 1985 intervient entre Cogestic et AB2M une convention valable pour cinq ans, sur la base des préliminaires suivants:

«La S.P.R.L. AB2M a conçu et mis au point un logiciel dénommé Offigest; elle est revendeur de l'ordinateur exploitant le logiciel.

La S.C. Cogestic assure la commercialisation des produits».

Les deux sociétés s'associent donc en vue de l'exploitation du logiciel Offigest lequel, suivant la convention, devient la propriété indivise des deux parties; il est précisé, cependant, (art. 3) que les programmes de tarification ne font pas partie d'Offigest et restent la propriété exclusive de Cogestic.

En date du 15 mai 1986, un avenant n° 3 est signé en complément de l'article 3 de la convention du 29 mai 1985, destiné à préciser les droits des deux parties en ce qui concerne les programmes de tarification:

«... il est convenu que le programme «Phoftar» (gestion de la tarification pour

l'office) et les segments 2 et 3 de «Phgest» (délivrance et tarification des préparations magistrales) reçoivent le nom de «Tarigest» et sont la propriété exclusive de Cogestic... Il est entendu que Tarigest est une composante d'Offigest propre à Cogestic».

Pendant cinq années, la collaboration va se poursuivre entre AB2M et Cogestic, semble-t-il de manière fructueuse (voy. les chiffres relevés par l'expert Henry, p. 6 du rapport).

Cependant, tout en continuant à commercialiser le programme «Offigest», la S.C. Cogestic a développé et mis sur le marché un produit concurrent, le programme «Gentiane & Verveine».

Cette circonstance va bien entendu influencer l'attitude des deux sociétés lorsqu'à l'écoulement du délai de cinq ans fixé dans la convention du 29 mai 1985 elles renégocient la suite de leurs relations.

Les discussions vont déboucher sur une convention datée du 4 janvier 1990 aux termes de laquelle «Cogestic vend à AB2M Computers, pour la somme symbolique de un franc, les sources des programmes Phoftar, les segments 2 et 3 de Phgest (préparations magistrales). AB2M Computers détient par ce fait la pleine propriété de ces programmes».

En réalité, par cette convention les parties reconnaissent à AB2M exclusivement le droit de commercialiser le programme Offigest, la S.C. Cogestic pour sa part escomptant poursuivre l'exploitation de son programme «Gentiane & Verveine».

Le litige va surgir de ce que Cogestic utilise pour «Gentiane & Verveine» les mêmes sources que celles cédées à AB2M par la convention du 4 janvier 1990.

AB2M estimera que ces sources sont sa propriété exclusive et par procès-verbal de comparution volontaire introduit le 15 octobre 1990, elle demandera la condamnation de Cogestic au paiement de dommages et intérêts qui, précisés en conclusions, s'élèvent globalement à douze millions cinq cent mille francs.

Reconventionnellement, la S.C. Cogestic vise à obtenir pour différentes causes la condamnation d'AB2M Computers à lui payer la somme de 2.542.412 francs.

Suivant jugement du 15 octobre 1990, le tribunal a désigné en qualité d'expert monsieur Jean-Luc Henry, ingénieur, avec pour mission de dire si Cogestic utilise les sources vendues à AB2M et de chiffrer le préjudice résultant de cette situation; celui-ci a clôturé son rapport le 25 novembre 1991.

#### Discussion

Attendu que sur l'objet de sa mission, l'expert conclut comme suit:

«Sans aucune discussion les sources utilisées par la société Cogestic sont celles qui ont fait l'objet de la cession.

Mais comment pourrait-il en être autrement puisque Cogestic avant la cession du 4 janvier 1990 en a toujours assuré la maintenance fonctionnelle et légale et qu'aucun programme de gestion d'officines pharmaceutiques ne pourrait être opérationnel sans ces règles faisant plus l'objet d'une transcription de langages que d'une réelle originalité de conception informatique»;

Attendu qu'en fonction de ces considérations, la position d'AB2M Computers est de soutenir que dans la mesure où Cogestic n'a pas réellement exécuté l'obligation de transfert de propriété inhérente au contrat de vente, puisqu'elle continue à utiliser les sources, objet de la cession, elle commet une faute contractuelle à l'origine du préjudice dont il est demandé réparation;

Qu'en réponse, la S.C. Cogestic souligne que par la convention du 4 janvier 1990,

elle a voulu permettre à AB2M d'exploiter seule le programme Offigest mais n'a pas entendu s'interdire de commercialiser le programme déjà développé précédemment même si celui-ci fonctionne sur des sources identiques à celle d'Offigest;

Attendu que pour une bonne compréhension du problème, il est opportun de clarifier ce que l'on entend par le terme «sources» d'un logiciel;

Que l'on définit les «codes sources» comme des programmes écrits en langage de haut niveau (Pascal, Basic, Cobol...), encore appelé langage de programmation, lesquels devront ensuite être traduits («compilés») en des programmes en code directement exécutables par l'ordinateur (voy. «La protection juridique du logiciel», in Actes des séminaires de droit de l'informatique organisés par le barreau de Charleroi et la Faculté de droit de Namur, session 1987, p. 4 et «Introduction à l'informatique et à la télématique», *ibid.*, p. 14);

Que les codes sources constituent donc l'aspect proprement créateur dans la mise au point d'un logiciel et restent la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque par la suite le logiciel est mis en vente;

Attendu que les sources du programme de tarification vendu avec le produit Offigest ont été conçues par la S.C. Cogestic; qu'il s'impose de vérifier quelles conséquences découlent de la vente de ces sources par Cogestic à AB2M, à l'occasion de la convention du 4 janvier 1990;

Attendu qu'en tant que concepteur des codes sources, la S.C. Cogestic bénéficiait sur son produit de la protection qui s'attache au droit d'auteur;

Qu'en Belgique, en effet, semblable en cela à la position prise par une très large majorité des pays industrialisés, la plus grande partie de la doctrine et la jurisprudence considèrent que la protection des programmes ordinateur est régie par la loi du 22 mars 1986 sur le droit d'auteur, dont l'article premier stipule que: «L'auteur d'une œuvre littéraire et artistique a seul le droit de la reproduire et d'en autoriser la reproduction de quelque manière et sous quelque forme que ce soit» (voy. Le droit des contrats informatiques, Larcier, 1983, p. 441, et La protection juridique du logiciel, *ibidem*, p. 164 et s.; voy. note B. Lejeune sous Civ. Louvain, 5 février 1991, in Droit de l'informatique et des télécoms, 1991/3, p. 49);

Que dans ces conditions et dès lors que Cogestic a vendu à AB2M les sources des programmes de tarification, l'on devrait considérer que la première société a cédé à la seconde le droit d'auteur qui protège ces sources et qu'elle n'est plus habilitée à les utiliser pour son propre compte;

Attendu, cependant, que pour bénéficier de la protection de la loi, le programme doit présenter une solution suffisamment originale; que s'il apparaît que pour résoudre le problème, un grand nombre de programmeurs utiliseraient un programme identique, celui-ci pourra être considéré comme banal et sans personnalité (voy. Berenboom, Le droit d'auteur, 1984, n° 169);

Que la Cour de cassation française a précisé de la sorte le critère d'originalité nécessaire à la protection par le droit d'auteur: «qu'ayant recherché... si les logiciels élaborés par monsieur P. étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante, et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée... la cour d'appel qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par monsieur P. portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef» (Cass. fr., 7 mars 1986, Droit et informatique, 1986, 2, p. 80);

Qu'ainsi, la Cour de cassation française adopte la conception qu'est originale toute

œuvre résultant d'un effort intellectuel qui révèle, fût-ce à faible degré, la personnalité de l'auteur;

Attendu qu'en l'espèce, l'expert a précisé que les sources qui ont fait l'objet de la cession relevaient plus d'une transcription de langages que d'une réelle originalité de conception informatique et qu'aucun programme de gestion d'officines pharmaceutiques ne pourrait fonctionner sans elles;

Que le tribunal doit dès lors admettre que les sources acquises par AB2M au prix symbolique de un franc ne présentent pas l'originalité requise à la protection par le droit d'auteur;

Que l'on ne décèle par ailleurs aucune faute contractuelle dans la circonstance que les sources cédées ne sont pas susceptibles de protection, la S.C. Cogestic n'ayant pris aucun engagement à cet égard;

Que, dès lors, il n'y a pas lieu à dommages et intérêts ni pour la concurrence fautive alléguée par AB2M ni pour la perte de bénéfice résultant d'un «détournement de contrat»;

Que la S.P.R.L. AB2M invoque également l'existence d'un dommage résultant de l'atteinte à sa réputation commerciale; que sur ce point, qui ne concerne pas spécifiquement l'application de la convention de cession des sources, elle ne développe sa position ni en fait ni en droit; qu'il sera dès lors réservé à statuer quant à ce.

...

#### NOTE

On ne peut s'empêcher d'observer les difficultés d'interprétation que suscite le recours à une terminologie flottante. Et pour preuve, elle diffère selon que l'on se réfère au jugement proprement dit ou à son sommaire publié à la J.L.M.B.<sup>1</sup>. Au sommaire, on peut lire: «Les sources d'un programme informatique restent la propriété exclusive de leur concepteur même si le programme est ultérieurement cédé», tandis que la décision notait, en des termes quelque peu différents: «Que les codes sources constituent donc l'aspect proprement créateur dans la mise au point d'un logiciel et restent la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque par la suite le logiciel est mis en vente». De deux choses l'une: soit le terme «vente» est utilisé à dessein et, dans ce cas, nous hésitons à souscrire entièrement à l'affirmation contenue dans ces lignes (a), soit l'expression «mis en vente» signifie, dans l'esprit des juges carolorégiens, «donné en licence», auquel cas, nous pouvons nous rallier sans réserve à cette solution même s'il faut considérer que la référence à la figure juridique de la vente est impropre (b).

(a) La qualification de vente doit être réservée, semble-t-il, à l'hypothèse où il est certain que tous les droits sur le logiciel ont été cédés à titre définitif<sup>2</sup>. En effet, la vente vise essentiellement à transférer la propriété de la chose qui fait l'objet du contrat. Or

(1) J.L.M.B., 1993, p. 1178.

(2) En ce sens: M. Vivant, «Le programme d'ordinateur au pays des Muses. Observations sur la directive du 14 mai 1991», J.C.P., 1991, éd. E, 94, p. 484, n° 1.2; C. Le Stanc, «Analyse de la Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur», Cahiers Lamy du droit de l'informatique, Suppl. au n° 31, 1991, H, p. 5.

cette chose est in casu sans conteste le logiciel, et non le support via lequel le logiciel est, le cas échéant, transmis<sup>3</sup>. Au cas où tous les droits de propriété (intellectuelle) sur le logiciel sont effectivement transférés, il nous semble que vu la nature de l'opération, certains droits sont également transmis sur les sources. Cette concession, bien que tacite, nous paraît certaine<sup>4</sup> compte tenu de l'économie générale du contrat. A défaut, en effet, l'acquéreur du logiciel ne serait pas réellement apte à exercer les prérogatives normales dans le chef d'un cessionnaire de droits intellectuels: reproduire, modifier, adapter...<sup>5</sup>. Il serait dès lors illusoire d'estimer la propriété intellectuelle acquise au cessionnaire des droits sur le logiciel.

Cela dit, il faut souligner qu'en matière de logiciel, l'intention des parties est généralement d'aménager un partage des droits sur le logiciel, à l'exclusion d'une véritable cession, assimilable à une vente. Dans leurs conventions, les parties ne sauraient être trop prudentes en précisant expressis verbis les droits qu'elles transmettent et ceux qu'elles entendent se réserver. Mais dans ce cas, il n'y a pas de «vente», mais une simple répartition des droits de propriété intellectuelle existants sur le logiciel, tout à fait possible en vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

(b) A moins que le tribunal ait voulu dire que les sources restaient la propriété exclusive de leur concepteur, même lorsque celui-ci concède des licences d'utilisation du logiciel. En ce cas, l'analyse peut être approuvée, non sans faire remarquer combien est équivoque la référence à la «vente» pour qualifier l'opération par laquelle seul un droit d'usage est transmis.

Quoiqu'il en soit, en l'espèce, les sources elles-mêmes avaient incontestablement été «vendues», c'est-à-dire, en principe, cédées en pleine propriété. On ne peut qu'approuver le tribunal lorsqu'il en déduit qu'en ce cas, «l'on devait considérer que la première société a cédé à la seconde le droit d'auteur qui protège ces sources et qu'elle n'est plus habilitée à les utiliser pour son propre compte». En effet, qu'elle porte sur une chose corporelle ou sur une chose incorporelle, la propriété est un droit exclusif; elle ne peut être cédée tout en demeurant pour partie dans le chef du cédant. Toutefois, le tribunal évite en l'espèce d'appliquer cette solution, estimant que les sources litigieuses n'étaient pas originales et ne pouvaient dès lors bénéficier de la protection par le droit d'auteur. On se demande alors si le tribunal ne devait pas conclure à la nullité de la vente faute d'un droit privatif à transmettre<sup>6</sup>, plutôt que de juger «Que l'on ne décèle par ailleurs aucune faute contractuelle dans la circonstance que les sources

(3) En ce sens, cf. récemment M. Vivant et A. Lucas, «Chronique. Droit de l'informatique», J.C.P., E, 1993, p. 242, n° 14.

(4) A ce propos, cf. A. Berenboom, *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 97, n° 77.

(5) En effet, le code source permet de comprendre la structure ou l'architecture du programme de sorte qu'en pratique, la possibilité d'y accéder est indispensable pour pouvoir l'adapter, y apporter des modifications, et plus généralement effectuer la maintenance. Sur cette question, cf. notre article «La communication des codes sources de logiciels. Etat de la question à la lumière de la jurisprudence française et belge et de la pratique contractuelle», à paraître.

(6) En effet, pour qu'un contrat soit une vente, il doit comporter, outre un consentement, trois éléments constitutifs: un prix, une chose et un transfert de propriété (cf. not. Ph. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1988, p. 54, n° 57; F. Terre, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, préf. R. Le Balle, p. 8, n° 9).

cédées ne sont pas susceptibles de protection, la S.C. Cogestic n'ayant pris aucun engagement à cet égard».

Le jugement annoté s'inspire de la conception de l'originalité adoptée par la Cour de cassation française dans l'arrêt Pachot du 7 mars 1986<sup>7</sup>, selon laquelle un logiciel est original lorsque son auteur avait fait preuve d'un «effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante», et lorsque «la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée»... de sorte que «les logiciels conçus portaient la marque de son apport intellectuel»... Le tribunal de Charleroi estime, au vu des conclusions de l'expert, qu'en l'espèce il n'est pas satisfait à ce critère. En effet, le rapport d'expertise notait en substance que les sources du logiciel litigieux faisaient plus l'objet d'une transcription de langages que d'une réelle originalité de conception informatique.

On s'interroge sur le fait de savoir si le tribunal a eu raison de se référer au concept d'originalité retenu. N'était-il pas tenu de faire application de la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur<sup>8</sup>? Celle-ci adopte, en effet, une conception à première vue plus faible de l'originalité. Son article 1<sup>er</sup>, 3, dispose qu'«un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création propre à son auteur».

La question que l'on est en droit de se poser est double: le juge devait-il considérer cette directive applicable et se conformer au critère de l'originalité qui y est proposé? (c); la conclusion du juge aurait-elle été autre s'il avait adopté cette dernière conception de l'originalité? (d).

(c) La directive prend soin de préciser, en son article 10, 1: «Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1<sup>er</sup> janvier 1993. Or à cette date, la directive n'avait pas encore été transposée dans notre droit<sup>9</sup>. Faut-il en conclure que ses dispositions n'étaient pas applicables au moment où le jugement annoté a été rendu? Une réponse nuancée s'impose. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a, en effet, développé diverses théories permettant de procurer un certain effet juridique aux directives qui n'auraient pas été introduites dans le délai prévu. Ainsi, la Cour a introduit plus récemment<sup>10</sup> (lorsque les conditions d'une application directe ne sont pas réunies) la notion d'interprétation en conformité avec les directives<sup>11</sup>: à défaut de transposition dans le délai requis, en l'occurrence ici «avant le

(7) Cass. fr. (ass. plén.), 7 mars 1986, J.C.P., 1986, éd. G, II, 20631, note J.M. Mousseron, B. Teyssie et M. Vivant; R.I.D.A., 1986, p. 136, note A. Lucas; R.T.D.com, 1986, p. 397, obs. A. Francon; Dr. inform., 1986/2, p. 80, note M. Briat.

(8) J.O.C.E., 17 mai 1991, n° L 122/42.

(9) A ce jour, elle ne l'est d'ailleurs toujours pas, même si une proposition de loi a maintenant été déposée (cf. Proposition de loi transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Doc. parl., Ch. Repr., 1992-1993, n° 1071/1).

(10) C.J.C.E., 10 avril 1984, von Colson et Kamann, 14/83, Rec., 1984-II, p. 1891 et Harz, 79/83, Rec., 1984-II, p. 1921; 13 novembre 1990, Marleasing, 106/89, J.C.P., G, 1991, II, 21658, note P. Level.

(11) Pour un approfondissement des notions d'effet direct et d'interprétation conforme, cons. A.P. Meijboom et R. Westerdijk, «The consequences of Failing to Implement the EC Directive On Copyright Software Protection», *The International Computer Lawyer*, 1993, p. 2 et s.

1<sup>er</sup> janvier 1993», obligation est faite au juge, à partir du jour où le délai est venu à expiration, «d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive». Ainsi, le juge devait-il se référer au concept de l'originalité tel que défini dans la directive?

En réalité, la question est ici plus complexe. Il est indiqué à l'article 9,2, de la directive que «les dispositions de la présente directive sont également applicables aux programmes d'ordinateur créés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1993», ce qui paraît confirmer l'obligation d'«interprétation conforme». Cependant, cette disposition ajoute «sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant cette date».

Ces règles combinées sont à interpréter comme suit: dès le 1<sup>er</sup> janvier 1993, la directive s'applique aux programmes d'ordinateur, même créés avant cette date, mais uniquement pour des faits (l'établissement d'une copie de sauvegarde, une contrefaçon, une décompilation...) nouveaux, c'est-à-dire survenus après cette date. Dans cette hypothèse, le juge doit interpréter le droit commun conformément à la directive. En revanche, cette prescription cède en ce qui concerne les «actes conclus et les droits acquis avant cette date». A propos précisément de la notion d'originalité, on peut hésiter: pour l'apprécier, faut-il se placer au moment de l'acte de création du programme ou au moment de statuer? A la réflexion, la première solution paraît plus logique car à supposer qu'un programme est original d'après le droit commun, on peut penser qu'il est dès le moment de sa création le siège d'un droit d'auteur analysé comme un droit acquis. Inversement, s'il ne l'est pas, le droit de copier ce programme, ou de le décompiler... est acquis et ne peut plus être remis en cause<sup>12</sup>. En l'espèce, les faits litigieux ayant été commis avant le 1<sup>er</sup> janvier 1993, le droit commun reste d'application.

Le tribunal de commerce de Charleroi a donc eu raison d'apprécier le caractère original des sources litigieuses d'après les critères du droit commun; il n'avait pas l'obligation de se référer à la définition de l'originalité figurant dans la directive.

(d) Les conclusions du tribunal auraient-elles été les mêmes s'il avait dû apprécier l'originalité des sources au regard de l'article 1<sup>er</sup>, 3, de la directive? Il est difficile de se prononcer sur cette question.

La définition de l'originalité a suscité en doctrine des commentaires en sens divers. Pour T. Dreier, «on est arrivé à un critère assez traditionnel de l'originalité en droit d'auteur»<sup>13</sup>. C. Le Stanc juge, quant à lui, que «pour être original, un logiciel doit être originel, c'est-à-dire non copié»<sup>14</sup>. D'autres estiment que «la directive arrive à une solution où l'originalité est reconnue ipso facto»<sup>15</sup>.

(12) Comp. E. Cabau, «Directive sur la protection des programmes d'ordinateur. Invocation devant le juge français», *Expertises*, n° 168, 1994, p. 26.

(13) T. Dreier, «La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur», *J.C.P.*, 1991, éd. G, II, 3536, p. 352, n° 6.

(14) C. Le Stanc, «Analyse de la Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur», *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, Suppl. au n° 31, 1991, H, p. 4.

(15) N. Ros de Lochouff et J.G. Rubault, «Protection des logiciels. Projet de loi de transcription de la directive. Aspects pratiques», *Expertises*, n° 155, 1992, p. 377.

Cette diversité d'interprétation de la notion d'originalité semble confirmée par le fait qu'aussi bien la France<sup>16</sup> que la Grande-Bretagne estiment ne pas devoir modifier leur législation pour y transcrire cette nouvelle définition de l'originalité. Chacun sait pourtant l'écart existant entre leur conception respective de l'originalité.

Force est d'observer que l'originalité est, et demeure nonobstant la définition de l'article 1<sup>er</sup>, 3, de la directive, une «notion à géométrie variable» selon l'expression du Conseiller Jonquères<sup>17</sup> ou, dit autrement, une «notion-cadre»<sup>18</sup>, dont la souplesse et la plasticité sont de nature à laisser au juge une large faculté d'appréciation. Il faut admettre toutefois que le «cadre» se resserre dès lors que sont mieux identifiées certaines «conditions négatives».

En effet, la directive européenne fixe un critère peu élevé de l'originalité, certainement moins exigeant que celui prôné en Allemagne ou en Italie. Il est permis de penser également que le texte de la directive écarte toute exigence d'«empreinte de la personnalité». C'est le rejet de la traditionnelle thèse personnaliste de l'originalité à laquelle une certaine doctrine, surtout française, reste très attachée. On évite donc la nécessité d'une analyse subjective visant à retrouver dans l'œuvre la «marque» ou l'«empreinte» de la «personnalité» de l'auteur.

La notion d'originalité s'en trouve certes objectivée, ce que traduit aussi la préférence accordée à l'adjectif «intellectuel» par rapport à celui de «personnel», plus classique<sup>19</sup>. Cette tendance, on le verra, se retrouve dans l'arrêt Pachot.

D'un autre côté, il semble également que les auteurs de la directive aient voulu aller plus loin qu'en Grande-Bretagne où il suffit qu'une œuvre n'ait pas été copiée pour être estimée originale<sup>20</sup>. En subordonnant la protection du programme d'ordinateur à la condition qu'il soit «original au sens où il est la création intellectuelle propre à son auteur», la directive paraît requérir un certain rattachement à l'auteur, «la nécessité d'un lien entre la démarche intellectuelle établie et son auteur»<sup>21</sup>.

En ce sens, la directive adopte un critère qui n'a pas l'air très éloigné de celui de l'arrêt Pachot, si ce n'est qu'aucun apport ne paraît demandé de sorte que «le basculement vers la nouveauté clairement enregistré en France, n'est pas ici a priori aussi nettement marqué»<sup>22</sup>. En suggérant, en effet, que l'originalité supposait la «marque d'un

(16) Cf. l'Exposé des motifs du projet de loi portant mise en œuvre de la directive n° 91-250-CEE du Conseil des Communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, *Ass. Nat.*, sess. ord., 1992-1993, 14 octobre 1992, n° 2953.

(17) Cf. A. Lucas et P. Sirinelli, «L'originalité en droit d'auteur», *J.C.P.*, 1993, éd. G, 3681, p. 258, n° 23. Adde: A. Strowel, «L'originalité en droit d'auteur: un critère à géométrie variable», *J.T.*, 1991, p. 514 et s.

(18) A ce propos, v. A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 257, n° 23.

(19) Cf. M. Vivant, «Le programme d'ordinateur au Pays des Muses. Observations sur la directive du 14 mai 1991», *J.C.P.*, 1991, éd. E, 94, p. 481, n° 8.

(20) Cons. B. Czarnota et R. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe. A guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 44-45.

(21) M. Vivant, *op. cit.*, p. 481, n° 8.

(22) *Ibidem*.

apport intellectuel», la plus haute juridiction française avait eu l'intention, semble-t-il, de faire valoir «qu'il ne suffit pas de constater que le développement du logiciel implique des choix, encore faut-il déceler un apport tant soi peu novateur de l'auteur dû à son effort intellectuel»<sup>23</sup>.

La directive laisse donc place à un niveau d'originalité légèrement inférieur à celui exigé dans l'arrêt Pachot étant donné qu'à la différence de ce dernier, elle ne retient ni le terme «apport» ni l'expression «effort intellectuel», à laquelle était pourtant favorable un amendement proposé au Parlement européen, qui a été rejeté<sup>24</sup>.

On est donc plus ou moins fixé sur ce que le nouveau critère de l'originalité ne requiert pas, mais il est encore permis d'hésiter sur sa signification «positive». A ce jour, nul ne sait sans doute exactement quelle est la nature et la force du lien requis entre la création intellectuelle et son auteur pour prétendre à l'originalité. Il faudra attendre une jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes pour y voir plus clair.

Une seule chose paraît acquise: on se situe quelque part à mi-chemin entre une conception large (Grande-Bretagne) et une conception restrictive (Allemagne, Italie) de l'originalité.

Concrètement, comment apprécier en l'espèce l'originalité des sources à la lumière du critère proposé dans la directive? Compte tenu de ce qui vient d'être dit, personne ne s'étonnera que la question reste ouverte. Qu'il nous soit seulement permis de faire une double observation.

Lorsqu'il note «Qu'ainsi la Cour de cassation française adopte la conception qu'est originale toute œuvre résultant d'un effort intellectuel qui révèle, fût-ce à faible degré, la personnalité de l'auteur», le tribunal de Charleroi fait dire à la Cour un peu plus qu'elle ne dit en réalité. En effet, tous les commentateurs de l'arrêt Pachot y ont vu, à l'unanimité, l'abandon d'une conception personnaliste de l'originalité. Par conséquent, si c'est pour ne pas y avoir trouvé «un effort intellectuel qui révèle, fût-ce à faible degré, la personnalité de l'auteur» que le tribunal a estimé les sources non originales, il est probable que sa décision aurait été différente à l'aune du nouveau critère.

Cela dit, s'il est vrai qu'il n'y eût dans l'élaboration des sources aucune place pour un choix quelconque, celles-ci n'étant que le résultat d'une pure et simple transcription de langages, il est possible – mais ce n'est là encore que conjecture – qu'elles ne puissent être considérées comme une «création intellectuelle propre à (leur) auteur» à défaut d'un lien suffisant entre ce dernier et la démarche intellectuelle suivie.

En conclusion, il n'est pas certain que le jugement d'espèce aurait été autre si le critère de l'originalité adopté par la directive avait été appliqué.

Etienne MONTERO

(23) D'après le Conseiller Jonquères, rapporteur, propos repris par A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 257, n° 20.

(24) Cf. B. Czarnota et R. Hart, *op. cit.*, p. 45.