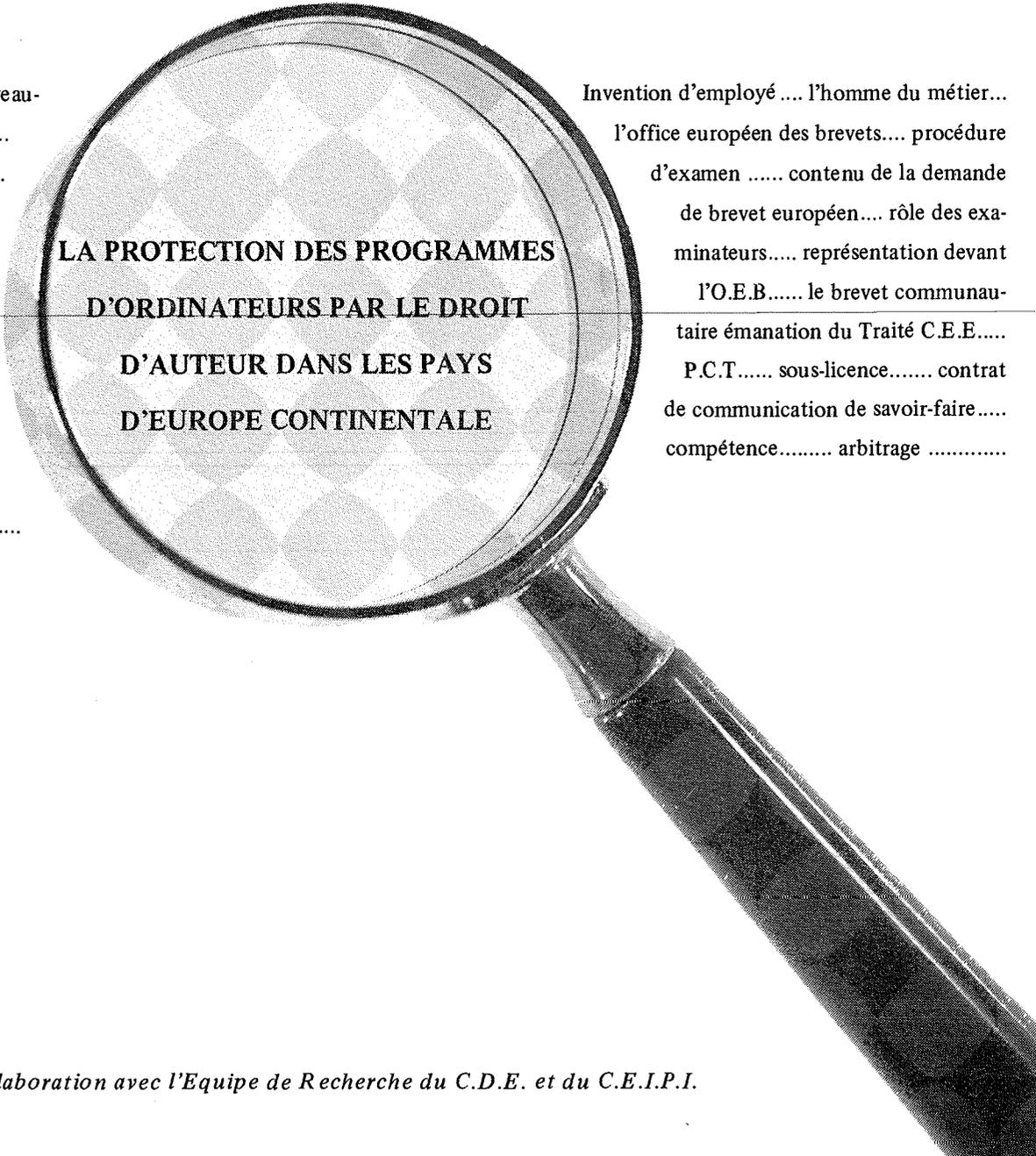


DOSSIERS

BREVETS

1979 IV

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



**LA PROTECTION DES PROGRAMMES
D'ORDINATEURS PAR LE DROIT
D'AUTEUR DANS LES PAYS
D'EUROPE CONTINENTALE**

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

LA PROTECTION DES PROGRAMMES D'ORDINATEURS PAR LE
DROIT D'AUTEUR DANS LES PAYS D'EUROPE CONTINENTALE

INTRODUCTION

On sait que l'ordinateur a pour but de recevoir des informations, de les mémoriser et de les restituer après un traitement adéquat. Pour que l'ordinateur puisse traiter les informations qui lui sont fournies, il faut qu'il reçoive des instructions que l'on appelle ordinairement "programmes". Ces programmes, définis par exemple par le législateur, comme des "séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice", dans l'ancienne loi française des brevets, se présentent obligatoirement sous une forme rédigée. Cela tant au niveau de l'organigramme, qu'au niveau du programme-source (suite d'instructions rédigées en langage symbolique) ou au niveau du programme-objet (suite d'instructions rédigées en langage-machine). Le programme objet pouvant être incorporé à un support physique, jeu de cartes, bandes magnétiques, disques etc... Par ailleurs, la réalisation d'un nouveau programme d'ordinateur est, on le sait, un travail long, délicat et surtout souvent fort coûteux. On constate alors le désir légitime de ceux qui ont investi dans cette réalisation d'en obtenir la réservation.

On sait que la protection privative de ces créations par le droit des brevets est délicate, non peut-être en raison de leur fréquent défaut de caractère industriel au regard du droit de la brevetabilité, mais davantage en raison de leur fréquente exclusion expresse dans les constructions internationales ainsi que dans les diverses législations nationales, pour des motifs économiques (1).

(1) V. par exemple, Convention sur la délivrance de brevets européen (Munich 1973) article 52 (2) ; Traité concernant la coopération en matière de brevets (P.C.T.) Washington 1970) Règle 39, 1, VI ; loi française du 13 juillet 1978, article 6 (2) et (3) ; loi allemande du 2 janvier 1968 modifiée le 3 décembre 1976, article 1 (2) ; loi suédoise n° 837 de 1967, modifiée par la loi de 1978, section 1 (2) ; Patents Act. 1977 du Royaume Uni, section 1(2).

Sur les principales applications jurisprudentielles de cette question : Autriche : décision du Osterreichisches Patentamt, division des appels, 29 octobre 1970, 2 JJC 206 (1971) ; France : Paris 22 mai 1973, PIBD 1973, 107, III, 197 ;

C'est pourquoi certains ont tenté de solliciter un autre type de protection privative et ont essayé d'envisager le "Software" non pas sous l'angle de son possible contenu inventif, mais sous celui de sa forme d'expression. Ils ont tenté de le qualifier d'"oeuvre" au sens du droit d'auteur (2).

Plaisanterie diront les uns que de vouloir comparer un programme d'ordinateur à la Chartreuse de Parme ou à Wilhem Meister. D'autres, à l'inverse, nourriront de grands espoirs dans cette sollicitation. La diversité sur ce point des opinions dans les divers pays d'Europe rend bien compte des difficultés de l'entreprise.

Et cependant, l'idée fait son chemin. Pour savoir, alors, si elle est raisonnable ; si les pays continentaux sont prêts à utiliser cette voie, il convient d'envisager, en observant les droits positifs, les éléments qui permettent de conclure à la possibilité d'une protection du "Software" par le droit d'auteur, et, cette protection étant tenue pour possible, de soigneusement mesurer l'efficacité de cette protection.

 (1 suite) Com. rejet, 28 mai 1975, PIBD 1975, 155, III, 349 ; Allemagne, décision du Bundespatentgericht du 28 mai 1973, 5 JJC 211 (1974) ; décision du Bundesgerichtshof, 22 juin 1976, 8 JJC 558 (1977) ; décision de Bundesgerichtshof, 21 avr. 1977, 9 JJC 459 (1978) ; décision de Bundesgerichtshof, 7 juin 1977, 9 JJC 363 (1978) ; décision de Bundesgerichtshof, 14 févr. 1978, 10 JJC 1979 ; Pays-Bas, décisions de la chambre des appels de l'octroirad, 21 nov. 1969 et 16 déc. 1970, 2 JJC 308 (1971) ; Suède, Cour Suprême administrative, 2 févr. 1974, (1974) NIR 311 ; Suisse, Cour Suprême fédérale, 12 déc. 1972, 5 JJC 448 (1974) Royaume Uni, Appel Tribunal, 30 juil. 1973, (1974) R.P.C. 147. Sur l'ensemble du problème, cf. rapport de M. G. KOLLE au Colloque Licensing and protection of computer software, Londres 18 sept. 1979, à paraître.

(2) La sollicitation des dispositions sur la propriété littéraire et artistique pour protéger les programmes d'ordinateurs est envisagée avec beaucoup de sérieux aux Etats-Unis. Depuis 1964, le Copyright office accepte l'enregistrement des programmes, mais très peu, en vérité, ont été déposés. Il est cependant fortement question d'introduire dans la législation des dispositions spéciales pour obtenir, dans le cadre des droits d'auteur, une protection spécifique de ces programmes. Ainsi, la National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, (CONTU) a déposé, auprès du Congrès, son rapport final le 31 juillet 1978. Cette commission propose d'admettre explicitement que les programmes d'ordinateur puissent être le siège de droits d'auteur ; que la contrefaçon en puisse être assez largement reconnue et que les "locataires" ou acquéreurs de ces programmes aient le droit de les reproduire et de les adapter pour leur propre usage, mais sans la possibilité de revendre ou louer à leur tour leurs reproductions leurs adaptations. Dans le même sens, l'OMPI a élaboré en 1978 des dispositions types concernant la protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur. Ces préoccupations trouvent déjà un écho en Allemagne (V. G.R.U.R. 1979, Heft 5, 300 sq.)

I - LA POSSIBILITE D'UNE PROTECTION DU SOFTWARE PAR LE DROIT D'AUTEUR

La possibilité d'une protection du "Software" par le droit d'auteur n'est pas, à l'analyse, une question saugrenue. Mais encore est-il nécessaire que toutes les conditions qui rendent une oeuvre protégeable soient remplies par les programmes dont on désire la réservation.

Pour assimiler le programme d'ordinateur à une oeuvre protégeable par cette législation, on rencontre inmanquablement une triple série de difficultés tenant au domaine, à la nature et au caractère de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur.

A - DIFFICULTES TENANT AU DOMAINE DE L'OEUVRE PROTEGEE

La considération que les programmes d'ordinateur étaient essentiellement des oeuvres à caractère scientifique a parfois conduit les observateurs à leur refuser la protection classique du droit d'auteur. Ce refus de principe n'apparaît pas dans le droit positif.

1.- On a parfois, en effet, été surpris du rapprochement entre la création industrielle abstraite que représente un programme d'ordinateur et l'oeuvre littéraire, tant il semble y avoir d'opposition entre les adjectifs "industriel" et "littéraire". C'est ainsi que le professeur Troller propose d'écarter ces réalisations du domaine de la protection. Seules, pour lui, les oeuvres esthétiques sont susceptibles d'être réservées :

"Il doit y avoir, écrit-il, une représentation artistique ou littéraire qui fasse appel au sens de la beauté inhérent à l'homme".

"Au regard du droit d'auteur, une oeuvre scientifique n'existe pas indépendamment d'une oeuvre littéraire et artistique" (1)

(1) I. TROLLER, *Urheberrecht und Ontologie*, 50, UFITA, p. 385-418 (1967)

2.- Cette attitude quelque peu restrictive n'a jamais été celle retenue par les droits positifs. Sans doute, certaines législations utilisent-elles des démarches diverses pour décrire de manière générale leur champ d'application. L'article 1 des lois belge, danoise, luxembourgeoise mentionnent des "oeuvres littéraires et artistiques". La Convention de Berne pour sa part, bien qu'intitulée Convention pour la protection des oeuvres "littéraires et artistiques", n'en précise pas moins que cette notion d'oeuvre couvre "toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression". La Convention universelle de Genève en fait autant dans son préambule. La solution est, en France, également traditionnelle et l'article 3 de la loi de 1957 vise expressément les oeuvres scientifiques.

3.- Il ne fait donc pas de doute que l'on peut considérer comme des oeuvres protégeables par le droit d'auteur, non seulement les créations se préoccupant du Beau, mais aussi les oeuvres scientifiques, se préoccupant du Vrai. Reste à savoir si l'on peut aller plus loin et protéger des oeuvres plus modestes peut-être, préoccupées de l'Utile. Il s'agit alors de ce que Mr. Adolf Dietz appelle le "menu fretin" du droit d'auteur. En vérité, dans la plupart des pays, il a toujours été admis que la destination d'une oeuvre n'avait pas à entrer en compte pour la reconnaissance de la protection. La loi française le dit expressément, codifiant une jurisprudence homogène, qui protégea des almanachs (1), des catalogues (2), des recueils d'adresses (3), des plans touristiques (4), des panneaux publicitaires (5) et même un panier à salade (6).

 (1) Cass. Crim. 27 nov. 1869, D.P. 1870, I, 186

(2) Bordeaux 24 août 1863, D. 1864, II, 76.

(3) Paris 18 déc. 1924, D.H. 1925, 30.

(4) Cass. civ. 16 juil. 1969, Bull. civ. I, n° 278, p. 220.

(5) Aix 21 oct. 1965, JCP 1966, II, 14 657.

(6) Cass. crim. 2 mai 1961, JCP 1961, II, 12 241.

De finalité utilitaire et de contenu scientifique, le "Software" ne semble donc pas devoir être exclu, à priori, du domaine de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur. La seconde difficulté peut, alors, tenir à la nature de l'oeuvre protégée.

B - DIFFICULTES TENANT A LA NATURE DE L'OEUVRE PROTEGEE

Il est traditionnel dans les doctrines continentales de réserver la protection du droit d'auteur aux oeuvres qui ont une nature particulière, qui sont des formes concrètes s'adressant aux sens, à quoi on oppose l'idée qui est de "libre parcours", non susceptible d'appropriation. Ces deux termes de "forme", au sens d'expression et de "concrète" au sens de non abstrait appellent, au regard du Software, quelques observations.

Il faut alors se poser deux questions : le Software est-il une forme, une expression au sens du droit d'auteur ? le Software est-il une forme concrète seule susceptible de réservation ?

1°) LE SOFTWARE EST-IL UNE FORME, UNE EXPRESSION ?

Relativement au point de savoir si le Software peut être considéré comme une expression susceptible de donner naissance au droit d'auteur, on rencontre deux difficultés dérivant de la nature particulière de ces réalisations. Le programme d'ordinateur ne se présente pas sous une forme fixée par un écrit au sens habituel du terme ; le programme d'ordinateur n'est pas destiné aux sens ou à l'esprit de l'homme, mais à la machine. Pour savoir alors si le programme est susceptible d'être protégé, il convient de se demander si l'expression, pour être réservée, doit avoir une fixation particulière et doit avoir un destinataire particulier.

a.- L'expression doit-elle avoir une fixation particulière ?

On sait que la fixation d'une oeuvre et son dépôt auprès d'un quelconque organisme ne sont pas requis dans les pays d'Europe Continentale comme condition de la protection par le droit d'auteur (1). Le droit naît à raison de la

(1) A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté Européenne*, Luxembourg, O.P.O. C.E., 1978, n° 50, p. 37.

création et non pas en vertu d'un dépôt. La preuve peut, alors, en être difficile à rapporter, mais cela est sans influence sur l'existence du droit. La création doit-elle être cependant formalisée, par exemple par un document écrit ? La réponse est négative, notamment pour le Luxembourg, l'Italie, les Pays-Bas, la France, sauf quelque exception en matière d'oeuvres chorégraphiques et de pantomimes (Par écrit ou autrement). Par conséquent, il peut y avoir parfaitement oeuvre protégeable même si l'expression n'en est pas fixée, qu'elle s'effectue par exemple par la parole. Les droits d'Europe Continentale protègent les auteurs en l'absence de toute fixation (1), pour leurs cours, conférences, discours, sermons, improvisations. La fixation n'étant pas nécessaire à la protection de l'expression, la forme de la fixation doit être observée comme indifférente à la réservation d'une expression.

b.- L'expression doit-elle avoir un destinataire particulier ?

On dit habituellement dans la doctrine du droit d'auteur qu'il ne peut y avoir expression protégeable qu'autant que l'expression est perceptible aux sens et à l'esprit. C'est-à-dire au sens et à l'esprit de l'homme qui est destinataire du message. Dans ces conditions, l'objection à la protection du Software consiste en ce qu'il n'est pas perceptible et qu'il n'est pas destiné à l'homme. A Lucas écrit en ce sens :

"Comment ne pas voir qu'il faut solliciter les textes pour découvrir une oeuvre littéraire dans un programme-source dont le contenu est destiné à préparer des opérations de calcul et de logique, dans un programme-objet qui se présente comme suite inintelligible de chiffres ?"

"On objecte que tous les langages utilisés en matière de programmation reposent sur des conventions au même titre que l'écriture braille ou la sténographie. C'est oublier que l'écriture braille s'adresse aux aveugles, la sténographie aux sténographes, alors que tous les langages de programmation s'adressent à l'ordinateur" (2).

(1) A la différence, notamment, du droit anglais.

(2) A. LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, Paris, Litec Coll. CEIPI 1975, n° 304, p. 193.

Il n'est pas certain que l'argument soit convaincant. On a fait valoir, à juste titre, que des oeuvres non directement intelligibles n'en étaient pas moins des oeuvres protégeables. Ainsi en est-il de tous les langages codés ou de toutes les formes d'expression qui nécessitent une clé, un intermédiaire technique pour être perceptibles, par exemple, un magnétophone.

Faut-il également que le destinataire soit autrui, soit un être humain ? Sans doute tel a été le cas depuis les origines de droit de la propriété littéraire et artistique. La situation est aujourd'hui radicalement nouvelle car la signification de l'oeuvre de Software est destinée non pas à autrui mais à la machine.

Le professeur Ulmer écarte pour sa part l'objection en relevant qu'on n'a jamais refusé la protection par le droit d'auteur aux journaux intimes qui par définition -suspecte peut-être- ne sont pas destinés à la publication et qui doivent rester secrets si leur rédacteur en a ainsi décidé (1).

Rien ne s'oppose alors à ce que le Software, en tant qu'expression, puisse être protégé.

2°) LE SOFTWARE EST-IL UNE EXPRESSION CONCRETE ?

Il est commun dans les droits de propriété incorporelle d'opposer les réalisations de fond, telles les inventions brevetées, qui approprient à leur auteur le contenu intellectuel de la création, et les réalisations de formes (marques, dessins et modèles industriels, copyrights, qui n'approprient que l'aspect extérieur, indépendamment du fond (2). L'enjeu essentiel de la

 (1) E. ULMER, *La protection par le droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier*, R.I.D.A., 1972, LXXIV, p. 71 : "on doit toutefois se rappeler que la protection du droit d'auteur est accordée à des oeuvres qui ne sont pas destinées à la publication. A cette catégorie appartiennent les journaux intimes que celui qui les a écrits a tenu originellement à garder secrets à tout prix. Il s'agit là d'informations qui ne sont pas destinées à l'humanité. Néanmoins les souvenirs écrits ont pour objet de secourir la mémoire de l'auteur lui-même".

(2) J.-M. MOUSSERON, *La protection juridique des programmes d'ordinateurs*, rapport au colloque de Strasbourg, octobre 1967, Paris, Litec, Coll. CEIPI 1969, p. 118 s.

sollicitation du droit d'auteur par les réalisateurs de programmes est d'essayer de mordre un peu sur l'opposition classique et de réserver dans une certaine mesure la solution technique que le Software met en oeuvre ; la protection de la seule forme n'étant pas de grand intérêt. Or, classiquement, le droit d'auteur pose un principe d'exclusion des idées, mais ce principe semble subir quelques atténuations.

a.- Principe de l'exclusion des idées

Mr. Dietz regrettait dans son ouvrage la mention expresse, par certaines législations, des oeuvres scientifiques dans le domaine des oeuvres protégées. Comme les oeuvres scientifiques constituent généralement des oeuvres littéraires, il conviendrait, selon lui, de renoncer à une telle mention afin de ne pas susciter l'idée sans cesse renaissante, mais erronée, selon laquelle le droit d'auteur garantirait également la protection des idées et des résultats scientifiques (1). La justification de ce principe d'exclusion repose, dans le domaine scientifique sur la considération qu'il convient de favoriser la recherche et c'est une des raisons du refus de la brevetabilité aux pures théories scientifiques. La justification de ce principe dans le domaine littéraire se fonde sur la considération que la liberté d'expression serait intolérablement compromise si les idées pouvaient être appropriées : toute création serait entravée. C'est d'ailleurs ce qui fut dit dans une décision allemande :

"Qu'on imagine seulement que le fait, peut être émouvant, depuis toujours quotidien, et pourtant toujours nouveau, que deux jeunes gens de sexe différent viennent à se rencontrer, qu'ils surmontent ou non les obstacles internes ou externes qui s'opposent à leur union et qu'en définitive, ils se joignent ou se perdent de vue, soit monopolisé au profit d'un auteur, le résultat en serait vraisemblablement la fin de toute aventure romanesque" (2).

(1) A. DIETZ, *op. cit.*, n° 66, p. 42 : "De ce point de vue, la mention expresse des oeuvres scientifiques dans les termes génériques allemand et néerlandais soulève des problèmes du fait que l'accent est mis en l'occurrence sur une notion de contenu dont la signification en matière de droit d'auteur est, par ailleurs, plutôt secondaire. Comme les oeuvres scientifiques constituent généralement des oeuvres littéraires, il conviendrait de renoncer à une telle mention".

(2) Berlin, 18 févr. 1941, *Le droit d'auteur* 1943, p. 81.

Force est de constater l'impossibilité d'approprier l'idée. Ce principe clairement et hautement affirmé doit cependant être atténué à l'observation du droit positif.

b.- Atténuation au principe

En réalité les oeuvres qui sont effectivement protégées par le droit positif, par les décisions des tribunaux, ne sont pas exclusivement les oeuvres dans leur expression formelle, concrète ; la protection accordée va parfois au-delà. Constatons alors, tantôt une protection indirecte de l'idée, tantôt même une protection directe.

- Protection indirecte -

Assez nombreuses sont dans tous les pays les décisions qui condamnent pour contrefaçon des personnages qui, sans toucher à la forme d'une oeuvre, en démarquent des éléments de fond essentiels. A titre d'exemple, en vérité assez macabre, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1918 : le réalisateur d'un film avait emprunté à une pièce intitulée "Bloemfield et Cie" le thème, peu appétissant, de l'introduction de la chair humaine dans les préparations alimentaires, ainsi que la principale péripétie : la découverte d'une bague, au milieu du repas, dans un pâté ; les intrigues, pour le surplus, demeuraient différentes. On jugea qu'il n'y avait pas plagiat-licite, mais contrefaçon punissable (1).

C'était bien admettre que l'auteur de la pièce, indépendamment des questions de forme, appropriait le thème de son oeuvre. Dans d'autres espèces, il est vrai, semblable appropriation ne fut pas retenue.

De plus, on le sait, sont en général convenablement protégées les oeuvres de pure compilation : anthologies, recueils de morceaux choisis, annuaires, catalogues. La protection légale, dans ces cas, s'étend bien au-delà de

(1) Cass. Req. 27 févr. 1918, *Annales de la propriété industrielle* 1919, p. 53.

la pure expression consistant en des textes déjà connus ou des adresses et données improtégeables en elles-mêmes.

L'explication de cette attitude des droits positifs peut s'effectuer en ayant recours au critère de composition, d'origine française (1), ou de forme interne, d'origine allemande (2). Dans la conception française, présentée par M. Desbois, une oeuvre littéraire se réaliserait en trois stades : le choix du thème, la composition des matières, l'expression proprement dite. Cette analyse en trois temps permettrait de rendre compte de la jurisprudence qui autorise parfois une protection au-delà de la forme même. Seraient réservés à l'auteur les deux derniers stades, l'expression et la composition. C'est-à-dire, non seulement la forme littérale, mais aussi tout l'aménagement du thème, par exemple le plan, le déroulement de l'intrigue, l'enchaînement des matières.

Dans ce même ordre d'idées, un arrêt assez récent de la Cour d'appel de Paris a condamné pour contrefaçon un metteur en scène de théâtre qui s'était abondamment inspiré d'une autre mise en scène antérieure de la même oeuvre. On a ainsi reconnu la protection aux instructions que le metteur en scène donne, par exemple, sur la composition des différents tableaux, sur la nature des décors, l'emplacement et le choix des accessoires, sur le ton des paroles que les acteurs ont à prononcer, sur les modalités de leurs sorties, de leurs entrées et plus généralement sur leur comportement (3).

Des similitudes peuvent alors être dégagées entre les programmes d'ordinateurs et semblables créations.

- Protection directe -

Les remarques qui vont être développées pourront paraître paradoxales, mais le droit positif, notamment français, organise dans certains cas une protection directe de l'idée, soit lorsqu'il rencontre le problème de l'oeuvre de collaboration, soit même sans rencontrer aucun problème.

 (1) H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, 1966, p. 27 sq.

(2) V. sur cette notion, S. MESSINA, *Le plagiat littéraire et artistique dans la doctrine, la législation comparée et la jurisprudence internationale*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 52, 1935.

(3) Paris 8 juin 1971, R.I.D.A. 1973, p. 134 ; Adde : X. DESJEUX, *La mise en scène de théâtre est-elle une oeuvre de l'esprit ?* R.I.D.A. 1973, p. 43.

Relativement aux personnes qui doivent être réputées titulaires du droit d'auteur, des décisions ont admis qu'en cas d'oeuvre de collaboration, la protection doit être acquise, non seulement à celui qui a effectivement composé l'oeuvre, mais également à celui qui en a fourni l'idée dominante. On a ainsi jugé qu'un aviateur qui fait rédiger ses souvenirs par un agent littéraire (l'usage s'en est aujourd'hui répandu), doit être qualifié de co-auteur de l'ouvrage :

"S'il est exact que le droit d'auteur s'applique à la composition et à l'expression d'une oeuvre littéraire, il est tout aussi certain que celui dont les souvenirs sont l'objet même de l'oeuvre dont ils constituent la substance et qui engage ainsi son honneur et sa réputation, n'est pas un simple prête-nom, qu'il n'a pas perdu ses prérogatives d'auteur sous prétexte que le manuscrit a été rédigé par un autre" (1).

Puisque l'aviateur n'avait rien rédigé ni composé et que le droit d'auteur lui fut reconnu, c'est bien le contenu intellectuel, l'oeuvre qui fut protégée, sauf à remarquer peut-être que la question sort du droit d'auteur et relève du statut de la personnalité.

Hors des problèmes de collaboration, des décisions, rares il est vrai, mais de grande netteté, ont admis la protection directe de l'idée.

En 1952, le Commandant Cousteau faisait une exploration sous-marine et découvrait une épave de navire datant d'environ 150 ans avant J.C. Deux archéologues participèrent à l'exploration. Le premier, l'archéologue officiel, publia ses déductions personnelles sur la destination du voyage et l'identification de l'armateur. Le second s'inspira du premier et publia à son tour son propre ouvrage. Le Tribunal de Marseille reconnut la contrefaçon en déclarant :

"Attendu que dans le domaine de l'art archéologique, chaque savant est en mesure de construire des hypothèses, des explications, des reconstitutions qui lui demeurent personnellement acquises. Que ces constructions de l'esprit constituent le seul fondement valable de la propriété intellectuelle dans un tel domaine, la création consistant dans un rapprochement original de données matérielles et intellectuelles et non dans la forme littéraire, orale, graphique ou plastique donnée à ces constructions de l'esprit".

(1) Paris 1er nov. 1959, R.I.D.A.1960, p. 112.

Sur Appel, la Cour d'Aix confirma le jugement :

"Attendu que Benoît soutient à bon droit que toute création résultant d'un travail personnel de l'esprit et de l'intelligence et constituant une production originale soit par la forme soit par le fond bénéficie de la protection assurée par la loi" (1).

Il semble alors, au regard de cette évolution du droit positif et de son état présent, qu'il n'y ait pas de difficulté majeure à obtenir la protection du droit d'auteur pour les programmes d'ordinateurs ; la forme concrète ne faisant pas l'objet exclusif de la protection et une certaine appropriation de l'idée s'avérant possible. Si l'on reprend la distinction entre composition et expression on est, en effet, tenté de voir dans l'organigramme la composition du programme et dans les instructions rédigées, quelles qu'en soient la forme, l'expression du programme. Cette assimilation est accueillie avec faveur par bon nombre d'observateurs qui comparent l'organigramme au plan d'un ouvrage littéraire. Le professeur Ulmer est encore plus affirmatif en rapprochant l'opération de programmation de la technique d'élaboration d'un film cinématographique.

"De même que le film se développe à partir du scénario, le programme de l'ordinateur découle du diagramme ou de l'organigramme détaillé" (2).

Les difficultés les plus sérieuses tiennent, alors, au caractère de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur.

c.- Difficultés tenant au caractère de l'oeuvre protégée

La troisième difficulté rencontrée relativement à la possibilité d'une protection du Software tient à l'exigence manifestée par la plupart des droits nationaux d'un caractère personnel, original, de l'oeuvre protégée.

 (1) Aix 13 janv. 1958, D. 1958, 142, L'arrêt poursuit : "La protection légale est accordée non seulement à l'élément purement formel d'une oeuvre, mais encore aux éléments originaux qui en forment la structure, tel le scénario d'une oeuvre théâtrale, chorégraphique, cinématographique ou télévisée, ou la composition d'un oeuvre littéraire ; il y a donc contrefaçon partielle des oeuvres originales d'un savant archéologue par l'auteur d'un livre romancé qui a emprunté l'identité du personnage, le nom du port d'origine du navire et le but du voyage". Adde : R. LINDON, L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, JCP 1970, doctrine, 22950.

(2) E. ULMER, art. cit., p. 81.

En effet, même si la forme d'expression est concrète et appartient au domaine de la propriété artistique, il va de soi qu'elle ne pourra être réservée que si elle a été effectuée par un auteur qui lui a imprimé sa personnalité. Les divers législateurs nationaux fournissent des indications sur cette exigence, mais de manière fort diverse. C'est notamment par le terme d'"oeuvre" employé par les diverses lois que s'effectue la césure entre ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas. La notion d'oeuvre exclut, par conséquent, le résultat quelconque d'une activité indéterminée dans le domaine artistique.

Ce critère est fort vague, mais il ne faut pas en conclure, comme le relève Mr. DIETZ, que seules les oeuvres terminées, objectivement ou subjectivement, bénéficient de la protection ; un projet, une esquisse peuvent parfaitement être une oeuvre, pour autant que l'exigence d'expression soit remplie (1).

En revanche, le mérite de l'oeuvre est sans importance pour la protection ; le principe en est communément acquis et la loi française le dit expressément.

La loi allemande prévoit que l'oeuvre protégeable "ne peut consister qu'en des créations intellectuelles personnelles". La loi italienne, pour sa part, article I, exige que l'oeuvre intellectuelle ait un "caractère créatif".

La plupart des autres pays continentaux, ainsi que la Convention de Berne, ne formulent aucune caractérisation plus poussée que la notion d'oeuvre de l'expression protégeable. Le soin en est alors laissé à la doctrine et aux tribunaux. Cela n'est d'ailleurs pas inopportun car une définition stricte de l'oeuvre protégeable eût comporté plus d'inconvénients que d'avantages en enfermant les juges dans un cadre restreint.

Tous les pays s'accordent donc pour exiger ce caractère d'originalité, d'expression de la personnalité de l'auteur. Le point de savoir, alors, si le programme d'ordinateur peut être protégé de cette manière suppose que l'on réponde à deux questions :

(1) A. DIETZ, *op. cit.*, n° 79, p. 45.

La notion classique d'originalité, de manifestation de personnalité, peu praticable en matière de Software, peut-elle s'étendre à la notion d'effort intellectuel personnalisé ? Si l'on répond positivement à cette question, il faudra encore savoir si l'activité de réalisation d'un Software est un effort intellectuel, individualisé ou n'est que la mise en oeuvre d'une logique contraignante ?

A la première question, l'observation des droits positifs permet de répondre assez aisément. Le fait simplement que l'on puisse considérer comme des oeuvres de l'esprit les photographies, non seulement artistiques, mais encore documentaires, permet de penser que ce que l'on protège est aussi un effort intellectuel suffisamment matérialisé.

De la même manière, il a été observé que, malgré quelques critiques, les droits nationaux n'étaient pas sensibles à la destination de l'oeuvre en protégeant également les réalisations utilitaires, annuaires, indicateurs de chemins de fer etc... On peut admettre que l'originalité au sens étroit, littéraire du terme, n'est pas requise pour faire bénéficier de la protection, pourvu que l'oeuvre manifeste un certain effort intellectuel.

Mr. Ulmer reconnaît d'ailleurs, sans difficulté, concernant les oeuvres scientifiques, qu'il y a différence, autonomie, par rapport à l'ouvrage artistique. Il écrit :

"Dans toute la littérature consacrée au droit d'auteur, le problème de la protection des oeuvres scientifiques occupe une place à part".

et il ajoute :

"Ce fondement de la protection du droit d'auteur réside dans le souci de protéger l'effort intellectuel individuel tel que cet effort se manifeste dans l'oeuvre et non pas dans le plaisir esthétique que l'oeuvre peut faire naître" (1).

Il illustre son affirmation en envisageant le contrefacteur d'un manuel de droit qui emprunterait à l'auteur la majorité des exemples en les présentant simplement d'une manière différente : ce personnage, selon lui, serait en faute. Il s'agirait donc bien de réserver l'effort intellectuel individualisé.

(1) E. ULMER, *art. cit.*, p. 71.

On peut développer ce point par une décision de la Cour d'appel de Paris rendue en 1973. Un auteur avait rédigé une méthode de budget familial. Pour l'appréciation de la contrefaçon, qu'elle n'a pas retenue, la Cour ne s'est pas préoccupé du caractère utilitaire ou non de la forme d'expression, mais s'est demandé s'il y avait ou non un effort intellectuel dans la "structuration" de ce budget, c'est-à-dire dans sa composition ; elle a répondu par la négative.

"Considérant toutefois que les idées et les méthodes n'étant pas protégées en elles-mêmes par la loi du 11 mars 1957, c'est dans la structuration du budget familial telle^{qu} exposée par le demandeur que les premiers juges ont trouvé les éléments justifiant la protection de son oeuvre... Considérant qu'à admettre que la dame Guitard ait apporté le maximum de clarté, il n'en demeurerait pas moins que cette structuration s'impose inévitablement à tout esprit réfléchissant sur les problèmes de son budget et ne peut pas, par conséquent, être considérée comme originale" (1).

On peut alors en conclure que la réalisation peut être protégée dès lors que l'effort intellectuel a débouché sur une structuration individualisée.

Reste à savoir si la réalisation d'un Software est ou non un effort intellectuel individualisé ou bien si la logique en impose l'expression. Certaines personnes ont soutenu que l'individualisation de l'effort n'était pas perceptible dans un programme d'ordinateur. Les signes utilisés pour la construction de l'organigramme ne faisant que traduire une logique purement contraignante, excluant toute manifestation d'individualité. La même observation a été faite pour les instructions rédigées par le programmeur, qui se bornerait à coder le processus logique révélé par l'organigramme.

Sans doute cela est-il véritable pour certains programmes de routine dont la réalisation ne consiste qu'en un travail purement mécanique. Cela est-il vrai, alors, de tous les programmes qui n'exigeraient, au mieux, que de "la sueur et des larmes" ?

De l'avis des spécialistes, on peut observer l'originalité d'un programme car le programmeur bénéficie, dit-on, d'une relative liberté, notamment dans l'élaboration de programmes complexes.

(1) Paris 13 déc. 1973, R.I.D.A. 1974, p. 129.

L'expérience en a d'ailleurs été faite et l'on a soumis deux problèmes à douze programmeurs qui devaient rédiger des instructions et effectuer la mise au point. Les résultats furent ceux-ci : par rapport au meilleur programmeur, le moins bon avait mis onze fois plus de temps pour coder et vingt-huit fois pour faire la mise au point. De plus, l'utilisation des programmes en machine fit apparaître que le programmeur le moins efficace consommait treize fois plus de temps-machine que le plus efficace (1).

La majorité des auteurs, spécialement dans la doctrine allemande, se prononce dans le sens de la protection (2); les droits positifs continentaux ne font pas, pour leur part, obstacle à la réservation d'oeuvres proches du Software : le domaine des oeuvres protégées étant large et compréhensif, les jurisprudences acceptant de protéger des oeuvres d'une nature peu concrète et de caractère peu original au sens classique du terme.

Il ne fait donc pas de doute que les conditions sont aujourd'hui réunies pour que le bénéfice de la protection par le droit d'auteur soit reconnu aux programmes.

II - L'EFFICACITE D'UNE PROTECTION DU SOFTWARE PAR LE DROIT D'AUTEUR

Le droit d'auteur n'ayant pas été originellement conçu pour assurer la protection des programmes d'ordinateurs, on devine que l'on doit rencontrer des difficultés pour assurer par ce biais son efficacité.

Ces difficultés sont de trois ordres et tiennent respectivement à la correcte désignation du titulaire de la protection, au contenu et à l'objet de cette protection.

 (1) V. A. LUCAS, *op. cit.*, n° 305, note 79.

(2) V. G. KOLLE, *Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus Nationaler und internationaler Sicht*, GRUR 1973, p. 611-620 et 1974, p. 7-20.

A - DIFFICULTES TENANT A LA DESIGNATION DU TITULAIRE DE LA PROTECTION

Lorsque les législateurs se préoccupèrent dans des temps anciens ou plus récents d'organiser la protection dérivant du droit d'auteur, il ne fait pas de doute qu'ils avaient à l'esprit la situation d'un auteur seul et indépendant.

L'art et les techniques d'aujourd'hui ont rompu avec cette tradition et la réalisation de certaines oeuvres, notamment, de programmes complexes, est certainement souvent un travail d'équipe. De plus, et particulièrement en ce qui concerne la réalisation des programmes, le ou les auteurs sont souvent des salariés. A qui revient dans tous ces cas la propriété de l'oeuvre ?

1°) OEUVRE EFFECTUEE PAR PLUSIEURS PERSONNES

Les différents droits nationaux distinguent à cet égard trois types d'oeuvres, l'oeuvre de collaboration, l'oeuvre collective, l'oeuvre composite.

a.- L'oeuvre de collaboration

L'oeuvre de collaboration est l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes, physiques ajoute-t-on. La plupart des droits nationaux en organisent une copropriété, mais dont l'assiette varie sensiblement d'un pays à l'autre. En France et en Belgique, pareille oeuvre se présente, même s'il y a oeuvres combinées assorties de possibilité d'exploitation distinctes. Au Luxembourg, comme au Danemark semble-t-il, il n'y a oeuvre de collaboration que lorsque les contributions des auteurs sont inséparables. Est-ce le cas pour un programme d'ordinateur ?

b.- L'oeuvre collective

Cette notion d'oeuvre collective est une particularité de la législation française qui la définit comme "l'oeuvre 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" (1). Sur ce point le texte français s'éloigne des autres droits continentaux selon lesquels, originellement, seules les personnes physiques peuvent prétendre au droit d'auteur (2). On critique l'existence de cette catégorie d'oeuvre en ce qu'elle est délicate. à distinguer, soit des recueils qui font l'objet de solutions distinctes, soit des oeuvres de collaboration qui viennent d'être mentionnées. Le programme d'ordinateur peut-il être considéré comme une oeuvre collective ?

c.- L'oeuvre composite

L'oeuvre composite, notion là encore propre au droit français, recouvre les adaptations. Elle est définie comme étant une nouvelle oeuvre dans laquelle une oeuvre préexistante est incorporée sans la collaboration de son auteur. Cela vise les anthologies, les oeuvres dérivées, de seconde main. La loi française pour le surplus ne déroge pas aux solutions acquises ailleurs et qui prévoient que l'oeuvre dérivée est la propriété de son auteur sous réserve des droits de l'auteur de l'oeuvre préexistante. Le programmeur fait-il une oeuvre composite ?

Les problèmes ne s'arrêtent pas là et il faut encore envisager le cas de l'auteur rémunéré pour créer, au titre d'un contrat de travail.

2°) OEUVRE EFFECTUEE PAR UN SALARIE

Lorsqu'en application d'un contrat de travail, un salarié s'est engagé à faire oeuvre d'auteur, l'exploitation de l'oeuvre créée revient sans nul doute à l'employeur. La situation peut dériver tout simplement du contrat, ou bien s'expliquer par l'intervention d'une fiction juridique.

(1) Loi du 11 mars 1957, article 9.

(2) Voir pour une application récente de cette notion, TGI Paris 1er mars 1979, *Dossiers Brevets* 1979, II, 6.

L'employeur serait considéré comme titulaire, dès l'origine, du droit d'auteur. Quelle est la solution retenue ?

A la différence de certaines lois récentes sur les brevets d'invention, les différents droits continentaux ne font guère de référence, sauf exception spéciale, à une vocation de l'employeur à être, ab initio, le titulaire du droit. La loi allemande précise simplement que les règles applicables à la cession du droit d'auteur fonctionnent lorsque l'auteur est un salarié. La Belgique, le Luxembourg et l'Italie ne connaissent pas sur ce point de réglementation particulière et la solution réside dans le régime du contrat. La France, pour sa part, prévoit que l'auteur salarié ne subit aucune amputation de son droit d'auteur.

Transposées aux problèmes de la réalisation de Software les solutions font quelques difficultés. Que se passera-t-il si l'analyste ou le programmeur s'oppose à la divulgation ; s'il s'avise de faire usage de son droit de repentir?

D'autres difficultés tiennent cette fois au contenu de la protection.

B - DIFFICULTES TENANT AU CONTENU DE LA PROTECTION

On observe communément dans toutes les législations que la protection conférée aux auteurs est une protection forte qui s'explique par la fragilité de ces créations susceptibles d'être aisément pillées en fait, et par la relative absence d'intérêts, notamment économiques, de la société à amoindrir cette protection.

Toutefois, en matière de programmes d'ordinateurs, il paraît bien que cette protection est inadaptée, tant en ce qui concerne les prérogatives de l'auteur que le caractère des sanctions.

1°) INADAPTATION DES PREROGATIVES DE L'AUTEUR

L'inadaptation des prérogatives de l'auteur s'observe tant en ce qui concerne leur durée que leurs formes.

a.- Durée des prérogatives

Tous les droits de la Communauté Economique Européenne prévoient généralement une durée de cinquante ans après la mort de l'auteur, pour le copyright, à l'exception de l'Allemagne qui l'allonge à soixante dix ans post mortem auctoris.

On sait par ailleurs que les systèmes informatiques sont parmi les réalisations techniques dont l'obsolescence est la plus rapide. Concernant le Software cette protection si longue est tout à fait superflue.

b.- Formes des prérogatives

La plupart des législations sur le droit d'auteur font, grossièrement, une distinction entre l'aspect patrimonial et l'aspect moral du droit. Dans les deux cas l'exercice du droit d'auteur sur une réalisation de Software fait difficulté.

- Aspect patrimonial -

On a, en effet, dit que lorsqu'un programme était enregistré sur une bande magnétique ou sur des cartes perforées, la création n'était pas destinée à être reproduite mais à être utilisée. Le titulaire du droit ne peut pas normalement interdire l'utilisation : on peut lire et relire tel ou tel roman policier sans commettre de faute, sans encourir de sanctions. Ce qui est en effet principalement réservé à l'auteur est le droit de reproduction. Ce droit est généralement défini comme le droit de fabriquer des reproductions de l'oeuvre, quels que soient les procédés employés ou le nombre d'exemplaires.

La question est alors la suivante : lorsqu'un tiers, sans autorisation introduit un programme dans un ordinateur, effectue-t-il un acte d'usage ou un acte de reproduction?

Une grande partie de la doctrine admet que l'introduction du support dans la machine se traduit par des modifications physiques à l'intérieur de la mémoire. Les instructions y sont d'une certaine manière stockées de sorte que l'utilisateur pourrait, si l'on peut dire, "photographier" la mémoire à un instant donné pour prendre connaissance de son contenu. Pour Monsieur Ulmer (1) et Monsieur Gotzen (2), il y a bien en cette hypothèse reproduction illicite.

On pourrait alors objecter que s'il y a reproduction en pareil cas cette reproduction est permise en vertu des dispositions des différentes lois nationales qui autorisent la reproduction à l'usage privé du copiste. Seule la Belgique et le Luxembourg ne connaissent pas cette limitation. L'objection ne tient guère, car la reproduction ainsi effectuée dans le cadre privé de l'entreprise est destinée à une activité industrielle, c'est-à-dire à un contact avec le public. Il en a été ainsi décidé pour les copies de partitions destinées aux exécutants pour les besoins d'interprétations publiques ou de répétitions.

L'aspect patrimonial des prérogatives du titulaire d'un droit d'auteur ne s'arrête pas, d'ailleurs, à ce point et les diverses législations réservent à l'auteur d'autres formes d'exploitation.

Sans doute le droit d'exposition, défini, par exemple, par la loi allemande comme le droit d'exposer en public l'original ou des reproductions d'une oeuvre des arts figuratifs, non publiée, ou d'une oeuvre photographique, non publiée, n'a-t-il pas grand intérêt, concernant les programmes d'ordinateurs.

De la même manière, le droit de représentation publique qui, par exemple dans la loi allemande, englobe notamment le droit de récitation, d'exécution, de représentation, le droit de radiodiffusion, le droit de communication au moyen d'un support visuel ou sonore (musique diffusée par les "juke boxes" des cafés") peine à s'appliquer lorsqu'il s'agit de Software.

En revanche, le droit de mise en circulation, reconnu à l'auteur, droit expressément visé par les lois danoise, italienne, néerlandaise et allemande et qui peut être défini comme le droit d'offrir au public ou de mettre sur le marché

 (1) E. ULMER, *art. cit.*, p. 85.

(2) F. GOTZEN, *Le droit d'auteur face à l'ordinateur, Le droit d'auteur*, janv. 1977, p. 18.

l'original ou les reproductions de l'oeuvre, permettra à l'auteur, exclusivement, de mettre le programme en circulation, et notamment de l'offrir au public, de le vendre ou de le louer. En Belgique et en France cette prérogative est encore plus étendue puisque ces deux pays n'admettent sur ce point aucun épuisement du droit de l'auteur après la première commercialisation de l'exemplaire de l'oeuvre. Ces deux pays connaissent en effet ce qu'on a appelé le "droit de destination" qui donne à l'auteur le droit d'interdire aux tiers une utilisation déterminée des exemplaires de l'oeuvre qui ont été mis en circulation. Mr. Gotzen en conclut que le propriétaire du programme pourra, après avertissement adéquat, soumettre à son autorisation toute diffusion du programme dans le commerce (1).

Dès lors, si l'on accepte la définition de la reproduction qui a été donnée, si l'on considère le contenu, variable, du droit de destination, la protection du Software paraît assez vigoureusement assurée.

- Aspect moral -

En revanche, les attributs moraux du droit d'auteur, appliqués aux programmes d'ordinateurs n'ont guère d'intérêt ou paraissent saugrenus. Il s'agit de ces prérogatives, diversement connues dans les droits nationaux, que sont le droit à la paternité de l'oeuvre, le droit au respect de l'oeuvre, le droit de divulgation, le droit de repentir ou de retrait.

2°) INADAPTATION DU CARACTERE DES SANCTIONS

Relativement à la protection du Software et compte tenu de la durée de la protection du droit d'auteur et de l'assimilation de l'usage du programme à sa reproduction, il est peut être un peu choquant de relever l'existence fréquente de sanctions de type pénal à la contrefaçon ; du moins en France. A l'heure ou par la réforme du 13 juillet 1978, le législateur français a totalement ôté tout caractère pénal à la contrefaçon de brevet, ce caractère ayant d'ailleurs été sensiblement affadi au cours des dernières décennies, on comprend mal que les tribunaux pénaux puissent prononcer des sanctions pénales, surtout, qu'en droit français, à cet égard, la mauvaise foi est présumée.

Une dernière série de difficultés tient à l'objet de la protection.

 (1) F. GOTZEN, *art. cit.*, p. 18. Adde : *Id.*, *Le droit de destination de l'auteur*, Bruxelles 1975.

c.- Difficultés tenant à l'objet de la protection

Au regard du contenu de la protection, on vient d'observer que les diverses législations offrent, semble-t-il, des prérogatives assez larges à l'auteur sur sa création. Mais ces prérogatives n'ont d'intérêt qu'à la condition de pouvoir être réellement exercées, c'est-à-dire à la condition que l'objet de la protection -ce sur quoi elle porte exactement- soit lui même suffisamment étendu.

On comprend bien que l'auteur d'une pure fiction, marquée d'une grande originalité dans les thèmes traités, marqué d'une grande originalité dans la disposition de l'intrigue, puisse obtenir une protection forte allant bien au delà de la simple expression formelle. Le tiers qui voudrait reprendre et traiter de manière similaire le thème original au delà de la lettre de l'expression formelle, n'en serait pas moins un contrefacteur. Cela vaut pour les ouvrages notamment littéraires. Pour les ouvrages de caractère scientifique, les solutions et l'étendue de la protection ne peuvent être les mêmes. On a dit que les tribunaux ne pouvaient passer au même crible les oeuvres d'imagination et les ouvrages scientifiques ; que les mailles du filet devaient être plus larges. Eu égard au fait que l'ordre des développements est bien souvent imposé par la matière, le juge ne pourra protéger que les détails d'aménagement.

La jurisprudence a souvent jugé ainsi, par exemple pour les ouvrages de caractère historique. L'historien doit pouvoir utiliser le travail de ses prédécesseurs : le comte d'Ornano, arrière petit fils de Maria Walewska avait écrit un ouvrage intitulé : "Maria Walewska, l'épouse polonaise de Napoléon". Un journaliste avait utilisé l'ouvrage pour faire un article dans un magazine. Les tribunaux ne retinrent pas la contrefaçon estimant que la similitude du cadre historique était normale puisque c'était le même sujet qui était traité (1).

En matière plus précisément scientifique, les tribunaux redoutent d'en arriver à protéger un raisonnement, une constatation. Comme on l'a noté, le

 (1) Paris 9 mars 1964, R.I.D.A. 1965, p. 199.

droit d'auteur ne protège pas le coeur de l'oeuvre, mais les tissus qui l'entourent. Une décision du tribunal de Paris rendue en 1970 donne à cet égard une définition précise de l'oeuvre protégée :

"L'oeuvre de l'esprit est légalement protégeable du moment que les idées exprimées, nouvelles ou non, sont modelées dans une forme portant le sceau de la personnalité de l'auteur original et protégée dans la plénitude de cette originalité qui concerne, d'une part le dynamisme de la composition ordonnatrice de mouvement, d'autre part, la statique de l'expression achevée dans la forme définitive" (1).

C'est pourquoi, par référence à ce qui a été observé, sur le critère d'originalité, d'effort intellectuel individualisé, certains redoutent que l'objet effectivement protégé soit fort restreint, que le changement de quelques détails dans le déroulement du programme suffise à faire échapper le tiers à toute poursuite en contrefaçon.

Rien en effet, dit-on, ne serait plus facile pour un autre technicien que d'élaborer un organigramme qui ait la même signification mais qui ne puisse pas être considéré comme une contrefaçon du premier, puisque le contenu en doit rester accessible à tous.

En ce qui concerne la série d'instructions, certains craignent aussi que la protection ne puisse être acquise qu'à l'expression au sens strict. Le droit d'auteur n'a pour finalité que de protéger la forme de l'oeuvre et non les idées qui la constituent. Les méthodes, les principes, les formules sont libres.

D'autres opinions, plus optimistes, se manifestent cependant. Certains pensent qu'il ne faut pas exagérer cette faiblesse. Tant que la structure essentielle de l'original subsisterait, il ne s'agirait que d'une adaptation, exigeant l'autorisation du premier programmeur. De plus, ajoute-t-on, il ne servirait à rien de faire passer le programme dans un autre langage de programmation, cette opération tomberait sous le coup du droit exclusif de traduction de l'auteur (2)

(1) TGI Paris 9 mars 1970, R.I.D.A. 1970, p. 100.

(2) F. GÖTZEN, *Le droit d'auteur face à l'ordinateur*, art. cité, p. 18.

La contrefaçon, pour être retenue devra-t-elle être servile ou quasi-servile ? ou bien pourra-t-on étendre un peu la protection à la séquence fondamentale ? En vérité la réponse est liée à ce que l'on a observé plus haut ; elle dépendra du poids d'individualisation que l'on pourra observer dans la mise en oeuvre de l'effort intellectuel. Il semble bien qu'un Software complexe, résultant d'un travail original et ingénieux pourra peut être être protégé par delà sa reproduction à l'identique.

La difficulté que l'on rencontre là encore, tient à la gageure qu'il y a à vouloir réserver par une technique juridique de protection de la forme, des réalisations industrielles abstraites de fond.

CONCLUSION

Il semble alors que le recours au droit d'auteur pour assurer la protection du "Software" ne soit pas une entreprise totalement dénuée de bon sens.

On a observé que les droits de l'Europe continentale ne sont pas fondamentalement hostiles à pareille tentative, et les démarches menées hors d'Europe pourraient être imitées.

Sans doute a-t-on constamment rencontré des difficultés pour admettre la possibilité d'une protection par cette technique juridique. Le domaine, la nature et le caractère de l'oeuvre habituellement réservée par ces droits doivent être quelque peu forcés pour que l'on puisse y assimiler une réalisation de Software.

L'écueil cependant peut être relativement aisément écarté, dans la mesure où, par définition, le droit d'auteur est un système juridique souple, compréhensif, pragmatique. L'imagination créatrice a des formes multiples et cette législation doit les prendre en compte toutes.

Plus graves sont les doutes que l'on peut évoquer lorsqu'il s'agit de mesurer l'efficacité, l'adaptation, de cette technique juridique à la protection du Software : les problèmes de détermination des titulaires du droit d'auteur, les problèmes tenant à l'observation des prérogatives de l'auteur, souvent inadéquates. Le problème enfin, très important, de l'objet de la protection : protège-t-on simplement l'oeuvre elle-même dans son expression formelle ou ses "équivalents", si l'on peut dire ; son aspect original, ingénieux, personnel ?

Il reviendra alors aux juges éventuellement saisis de trancher la question dans le silence pour l'instant des textes sur ce point.

Ou bien ils adopteront une attitude passéiste, conservatrice et refuseront la protection ; ou bien à l'inverse, ils feront oeuvre novatrice, créative, à leur tour, et protégeront les programmes. L'obstacle, en effet, n'est pas vraiment technique. Il est bien plus économique, philosophique.

Christian LE STANC
Maître-assistant à la faculté de Montpellier
Professeur au Centre d'Etudes Internationales
de la Propriété Industrielle de STRASBOURG

NOTE BIBLIOGRAPHIQUEOUVRAGES SPECIAUX

CENTRE D'ETUDES INTERNATIONALES DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE (CEIPI), Colloque de Strasbourg, la Protection des Résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques 1969.

DIETZ A. Le droit d'auteur dans la Communauté Européenne, OCE 1978.

KOHLER R. Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, 1969.

THESES

LAMBERT B. Nature juridique des programmes d'ordinateurs 1969.

LUCAS A. La protection des créations industrielles abstraites 1975. Paris Litec Coll. CEIPI 1975.

ARTICLES

BANZHAF J.-F. Copyright protection for computer programs, CLR Vol. 164, 1274.

BURKE T.J. Software protection, ALR, vol. 35, 1971, 695.

DEBETENCOURT J. La protection juridique des programmes d'ordinateur, L'ing. cons 1972, 1.

DESJEUX X La réservation du know how Par le droit l'auteur, in Le know How, Colloque de Montpellier 1975.

GALTIERI G. La protection des programmes d'ordinateur dans le système juridique italien, Le droit d'auteur 1972, 277.

GOTZEN F. Le droit d'auteur face à l'ordinateur, Le droit d'auteur, 1977, 15.

HARRIS B. Copyright in the EEC-The Dietz Report, European Intellectual Property Review, Nov. 1978, 2.

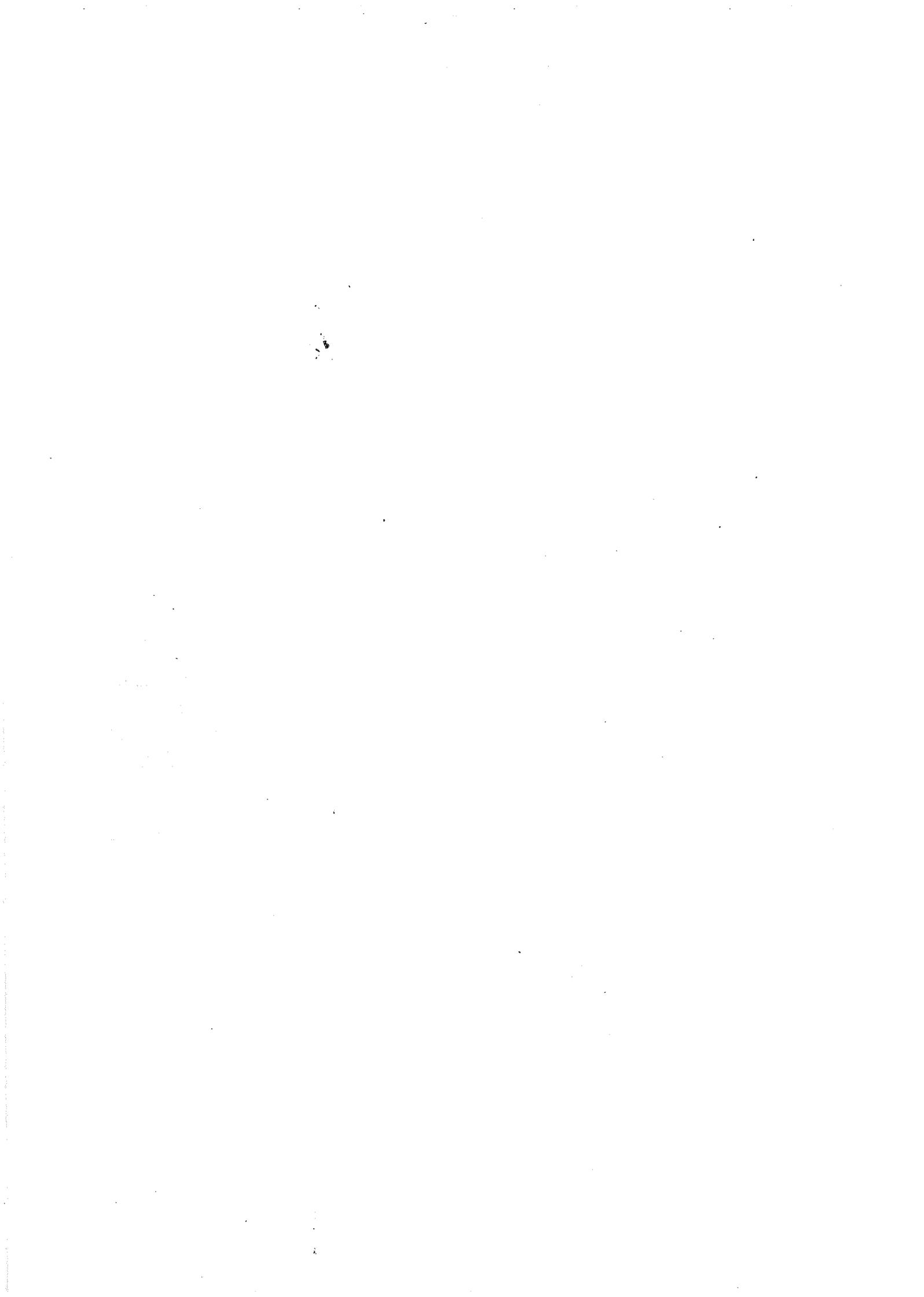
KOLLE G. Der Rechtschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht, GRUR 1973, 611 & 1974, 7.

Protection des programmes d'ordinateur, rapport général au Congrès d'Athènes 1976 de l'ALAI.

NAWROCKI B. Machines électroniques et création intellectuelle, Le droit d'auteur 1969, 30.

ULMER E. Copyright problems arising from the computer storage and retrieval of protected works, RIDA, 1972, LXXII, 34.

Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs, RIDA, 1972, LXXIII, 46.



LA PROTECTION DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR PAR LE DROIT
D'AUTEUR DANS LES PAYS D'EUROPE CONTINENTALE

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION -----	1
I - LA POSSIBILITE D'UNE PROTECTION DU SOFTWARE PAR LE DROIT D'AUTEUR -----	3
A - Difficultés tenant au domaine de l'oeuvre protégée -	3
B - Difficultés tenant à la nature de l'oeuvre protégée -----	5
1°) Le software est-il une forme, une expression ? -	5
a.- L'expression doit-elle avoir une fixation particulière?-----	5
b.- L'expression doit-elle avoir un destinataire particulier?-----	6
2°) Le software est-il une expression concrète ? ---	7
a.- Principe de l'exclusion des idées -----	8
b.- Atténuation au principe -----	9
- Protection indirecte -----	9
- Protection directe -----	10
C - Difficultés tenant au caractère de l'oeuvre protégée -----	12
II - L'EFFICACITE D'UNE PROTECTION DU SOFTWARE PAR LE DROIT D'AUTEUR -----	16
A - Difficultés tenant à la désignation du titulaire de la protection -----	17
1°) Oeuvre effectuée par plusieurs personnes -----	17
a.- L'oeuvre de collaboration -----	17
b.- L'oeuvre collective -----	17
c.- L'oeuvre composite -----	18
2°) Oeuvre effectuée par un salarié -----	18
B - Difficultés tenant au contenu de la protection -----	19
1°) Inadaptation des prérogatives de l'auteur -----	19
a.- Durée des prérogatives -----	20
b.- Forme des prérogatives -----	20
- aspect patrimonial -----	20
- aspect moral -----	22
2°) Inadaptation du caractère des sanctions -----	22
C - Difficultés tenant à l'objet de la protection -----	23
CONCLUSION -----	26

MODEL PROVISIONS
on the
PROTECTION OF
COMPUTER SOFTWARE

O.M.P.I. 1978.

Section 1**Definitions**

For the purposes of this Law:

(i) "computer program" means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result;

(ii) "program description" means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program;

(iii) "supporting material" means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding the understanding or application of a computer program, for example problem descriptions and user instructions;

(iv) "computer software" means any or several of the items referred to in (i) to (iii);

(v) "proprietor" means the person, including a legal entity, to whom the rights under this Law belong according to Section 2(1), or his successor in title according to Section 2(2).

Section 2**Proprietorship; Transfer and Devolution of Rights in Respect of Computer Software**

(1) The rights under this Law in respect of computer software shall belong to the person who created such software; however, where the software was created by an employee in the course of performing his duties as employee, the said rights shall, unless otherwise agreed, belong to the employer.

(2) The rights under this Law in respect of computer software may be transferred, in whole or in part, by contract. Upon the death of the proprietor, the said rights shall devolve

according to the law of testamentary or intestate succession, as the case may be.

Section 3**Originality**

This Law applies only to computer software which is original in the sense that it is the result of its creator's own intellectual effort.

Section 4**Concepts**

The rights under this Law shall not extend to the concepts on which the computer software is based.

Section 5**Rights of the Proprietor**

The proprietor shall have the right to prevent any person from:

(i) disclosing the computer software or facilitating its disclosure to any person before it is made accessible to the public with the consent of the proprietor;

(ii) allowing or facilitating access by any person to any object storing or reproducing the computer software, before the computer software is made accessible to the public with the consent of the proprietor;

(iii) copying by any means or in any form the computer software;

(iv) using the computer program to produce the same or a substantially similar computer program or a program description of the computer program or of a substantially similar computer program;

(v) using the program description to produce the same or a substantially similar program description or to produce a corresponding computer program;

(vi) using the computer program or a computer program produced as described in (iii), (iv) or (v) to control the operation of a machine having information-processing capabilities, or storing it in such a machine;

(vii) offering or stocking for the purpose of sale, hire or license, selling, importing, exporting, leasing or licensing the computer software or computer software produced as described in (iii), (iv) or (v);

(viii) doing any of the acts described in (vii) in respect of objects storing or reproducing the computer software or computer software produced as described in (iii), (iv) or (v).

Section 6

Infringements

(1) Any act referred to in Section 5(i) to (viii) shall, unless authorized by the proprietor, be an infringement of the proprietor's rights.

(2) The independent creation by any person of computer software which is the same as, or substantially similar to, the computer software of another person, or the doing of any act referred to in Section 5(i) to (viii) in respect of such independently created computer software, shall not be an infringement of the rights of the latter under this Law.

(3) Any presence of the computer software on foreign vessels, aircraft, spacecraft or land vehicles, temporarily or accidentally entering the waters, airspace or land of this country, and any use of computer software during such entry, shall not be considered an infringement of the rights under this Law.

Section 7

Duration of Rights

(1) The rights under this Law shall begin at the time when the computer software was created.

(2)(a) Subject to paragraph (b), the rights under this Law shall expire at the end of a period of 20 years calculated from the earlier of the following dates:

(i) the date when the computer program is, for purposes other than study, trial or research, first used in any country in controlling the operation of a machine having information-processing capabilities, by or with the consent of the proprietor;

(ii) the date when the computer software is first sold, leased or licensed in any country or offered for those purposes.

(b) The rights under this Law shall in no case extend beyond 25 years from the time when the computer software was created.

Section 8

Relief

(1) Where any of the proprietor's rights have been, or are likely to be, infringed, he shall be entitled to an injunction, unless the grant of an injunction would be unreasonable having regard to the circumstances of the case.

(2) Where any of the proprietor's rights have been infringed, he shall be entitled to damages or such compensation as may be appropriate having regard to the circumstances of the case.

Section 9

Application of Other Laws

This Law shall not preclude, in respect of the protection of computer software, the application of the general principles of law or the application of any other law, such as the Patent Law, the Copyright Law or the Law on Unfair Competition.

OUVRAGES DIFFUSES PAR LE CENTRE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

DANS LA COLLECTION

• Actualités de Droit de l'Entreprise :

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial 27,50 franco
- Actualités de droit de l'Entreprise 1968 33,50 franco
- Nouvelles techniques contractuelles 44,00 franco
- Nouvelles techniques de concentration 44,00 franco
- Les services communs d'entreprises 65,00 franco
- L'exercice en groupe des professions libérales 65,00 franco
- Le Know-How 65,00 franco
- La publicité et le droit 65,00 franco
- Garanties de résultat et transfert de techniques à paraître en 1978

• Bibliothèque du Droit de l'Entreprise :

- Le groupement d'intérêt économique par Ch. Lavabre (épuisé)
- La responsabilité du banquier par J. Vézian 96,00 franco
- La société civile professionnelle par A. Lamboley 65,00 franco
- Le droit de la distribution par J.M. Mousseron et autres auteurs 128,00 franco
- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes par R. Contin 108,00 franco
- Les réserves latentes par R. Abelard 100,00 franco
- Le contrat de sous-traitance par L. Valentin à paraître en 1978
- Dix ans de droit de l'entreprise : 1968-1978 (48 études - 1080 pages) 210,00 F franco

• Cahiers de Droit de l'Entreprise

Supplément à la Semaine Juridique. éd. C.I. Renseignements sur demande au Centre du Droit de l'Entreprise.

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

- L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968
- J. Schmidt 64,00 franco
- Le Know-How : sa réservation en droit commun par R. Fabre 80,00 franco
- L'acte de contrefaçon par Ch. Le Stanc 80,00 franco
- Juge et Loi du Brevet par M. Vivant 120,00 franco
- Les contrats de Recherche par Y. Reboul 120,00 franco
- Le droit français nouveau des brevets d'invention par J.-M. MOUSSERON et A. SONNIER 85,00 F franco

• Bibliothèque L.G.D.J.

- L'affrètement aérien par J.P. Tosi 148,00 franco
- Les groupes de contrats par B. Teyssié 87,00 franco

Dossiers Brevets

- Abonnement annuel 350,00

Centre de Droit de l'Entreprise - Faculté de Droit
39, rue de l'Université - Tél. 72.69.80 poste 41 - 34060 Montpellier Cedex