

Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels

Michel Vivant

1. La question de la protection du logiciel est, à l'heure actuelle, pour le juriste, au nombre des questions les plus aiguës que suscite l'irruption de l'informatique dans notre Univers. Dans un concert à voix multiples, les auteurs (qui n'échappent pas toujours à la répétition) s'interrogent depuis un peu plus d'une dizaine d'années¹: comment protéger ce bien — car il s'agit d'un bien² — qu'est le logiciel? Le débat, a, d'ailleurs, depuis peu, perdu de son académisme. En effet, ce qui naguère n'était encore que spéculations est devenu aujourd'hui droit positif. L'OMPI a, sinon tracé la voie à suivre, du moins manifesté l'intérêt qu'il y avait à assurer une telle protection par l'élaboration, dès 1977, de ses «dispositions types»³. La Bulgarie, seule au monde à avoir choisi une telle politique, a, en 1978, adopté une législation propre à la matière⁴. Moins radicalement, les Etats-Unis, suivant les recommandations de la «Commission on New Technological Uses of Copyright», ont amendé en 1980 le *Copyright Act* de 1976 afin que l'emprise de celui-ci puisse s'étendre sans discussion possible aux programmes d'ordinateur. En France enfin, le Tribunal de Commerce le 18 novembre 1980⁵, puis, en appel, la Cour de Paris, le 2 novembre 1982⁶, ont affirmé égale-

1. Une bibliographie exhaustive couvrirait plusieurs pages. Nous renverrons dans la suite de nos développements, au fur et à mesure que cela apparaîtra nécessaire, à telle ou telle étude. Nous ne retiendrons ici que les écrits de langue française les plus récents: R. BERGOUIGNOUX, *La protection des logiciels*, «Le Petites Affiches», 28 juillet 1982, p. 14; A. FRANÇON, *La protection des programmes d'ordinateur*, «CBI Informations», octobre 1982, p. 4; P. LECLERCQ, *Protection du logiciel*, «CBI Informations», octobre 1982, p. 7; PH. LE TOURNEAU, *Variations autour de la protection du logiciel*, «GP», 1982, 2, p. 000; A. LUCAS, *Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels*, «JCP», 1982, I, 3081; A. LUCAS, *Logiciel et propriété intellectuelle*, «Expertises», 1982, n. 40, p. 93; J. HUET, *La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé*, «JCP», 1983, I, 3095, spéc. n. 13 et ss.; C. BERTIN, G. BERTIN et M. PINSON, *Les conditions de protection du logiciel en France*, Paris, AREPIT, 1983.

2. P. CATALA, *La «propriété» de l'information*, 1983, n. 2 et ss.

3. *Disposition types sur la protection du logiciel*, «PI», 1977, 271. Le point 6 de l'«Introduction» présentant ces dispositions développe les raisons pour lesquelles la protection a paru nécessaire aux experts gouvernementaux, soit la considération des investissements faits, le souci par la protection d'ouvrir à la divulgation et par ce même biais de stimuler le commerce.

4. Arrêté réglementaire n. 6 de 1978. Voir I. ESKENAZI, *La législation bulgare en matière de protection juridique du logiciel*, «PI», 1981, 318.

5. Voir «Expertises», 1982, n. 39, pp. 72 et ss.

6. «Dossiers Brevets», 1982, VI, 1, «PIBD», 1982, 314, III, 260. Sur cette jurisprudence voir A. LUCAS, *Logiciel et propriété intellectuelle* précité. A signaler aussi un jugement du Tribunal

ment que le logiciel pouvait être protégé par la voie du droit d'auteur. Des autorités politiques ou parapolitiques, comme le Ministre français de la Justice⁷ ou le Comité pour la protection juridique du *software* mis en place par le ministère japonais du commerce international et de l'industrie⁸, se sont prononcées dans le même sens.

2. Dans cette progressive conquête du terrain, la propriété littéraire et artistique prend ainsi nettement le pas sur la propriété industrielle vers laquelle l'esprit pouvait, pourtant, de prime abord incliner, de par l'évidente dimension scientifique et technique qui est celle du logiciel. Ce n'est pas pour surprendre les européens qui savent que la voie du brevet est fermée avec la Convention de Munich sur le brevet européen du 5 octobre 1973 pour laquelle les programmes d'ordinateur « ne sont pas considérés comme des inventions »⁹ et dont les termes sont aujourd'hui repris par la plupart des législations nationales¹⁰, alors que, par exemple, les auteurs américains en sont encore à s'interroger, à travers une jurisprudence assez floue, sur la brevetabilité ou la non brevetabilité des programmes¹¹. Au demeurant, ce n'est pas dire qu'en l'absence d'une règle de prohibition semblable à celle posée par la Convention de Munich¹², le logiciel ne devrait pas accéder au brevet¹³. Mais, à l'inverse, reconnaître aux créateurs de logiciels un droit d'auteur, c'est indiscutablement affirmer qu'un logiciel satisfait, ou, au moins, peut satisfaire, aux exigences qui sont celles du droit de la propriété littéraire et artistique.

3. Or plus qu'à une discussion critique en termes de oui ou de non oui, pour avoir les mérites du langage informatique binaire, n'en serait pas moins un peu sèche et un peu vaine, cette idée engage à repenser les termes mêmes du problème. Ainsi, la conception du critère d'originalité, qui est le facteur même de protection¹⁴ en matière de droit d'auteur et, par là, le pivot de l'institution, peut difficilement demeurer exempte de toute remise en cause, quand il s'agit de protéger quelque chose dont on a pu penser, il est

Correctionnel de Bobigny du 11 décembre 1978 évoqué *infra* (II in fine).

7. Réponse Ministérielle à la question écrite n. 13.049 de Mme d'Harcourt, « JO », déb. parl., Ass. nat., 26 juillet 1982, p. 3133, « PIBD », 1982, 310, I, 78.

8. Rapport sur la protection juridique du *software*, mai 1972. Voir Y. TAKAISHI, *Legal Protection of Software Under Japanese Law*, 1982 5 EIPR 131 (132).

9. Convention de Munich, art. 52.2.

10. Quand celles-ci n'ont pas précédé la Convention de Munich, comme l'avait fait la loi française du 2 janvier 1968 qui, dans son article 7, excluait déjà de la brevetabilité « les programmes ou séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice », formule dont on s'accordait à dire qu'elle désignait, dans une forme légèrement archaïsante, les programmes d'ordinateur.

11. Voir ainsi T.J. D'AMICO, *Modification de la protection légale des inventions relatives au logiciel aux Etats-Unis*, CBI Informations, octobre 1982, p. 14, spéc. p. 18: « La question de la brevetabilité d'un 'programme' reste sans réponse ». L'arrêt de référence est aujourd'hui l'arrêt de la Cour Suprême *DIAMOND v. DIEHR* 209 USPQ 1 (1981) qui n'écarte expressément que la revendication d'un algorithme.

12. La règle a été notamment justifiée par la crainte de voir saturer l'Office Européen des Brevets.

13. Cf. J. FOYER et M. VIVANT, *Droit des brevets d'invention*, en préparation.

14. L'expression est de M. COLOMBET, *Propriété litt. et artistique*, Dalloz, 1980, n. 20.

vrai avec quelque excès, qu'elle s'apprenait à $E = MC^2$ ¹⁵ et qui n'a, en toutes hypothèses, que peu de rapport avec les *Stanze* de Raphael ou le *Gilles* de Watteau.

I

4. L'originalité est le passage obligé de toute œuvre qui aspire (dont l'auteur) aspire à la protection. Sans doute, ni la Convention de Berne du 9 septembre 1886, ni la Convention de Genève du 6 septembre 1952, qui se bornent à parler d'«œuvres», n'y font une référence explicite, encore que la première citée évoque au détour d'une formule les «œuvres originales» mais en vérité dans une acception particulière qui renvoie par antonymie à l'idée d'œuvres dérivées. La loi française du 11 mars 1957 parle encore d'«œuvre» et de «création», mais si l'expression «œuvre originale» est employée comme dans la Convention de Berne, il y est dit de façon plus précise que le titre d'une œuvre doit, pour pouvoir être protégé, présenter «un caractère original». Le droit italien fait référence au «caractère créatif» requis de l'œuvre intellectuelle. Le droit allemand, plus explicite encore, pose que l'œuvre protégeable «ne peut consister qu'en des créations intellectuelles personnelles». Les expressions sont donc variées, le non-dit l'emporte souvent sur le dit, mais l'exigence d'originalité est bien toujours posée¹⁶. Pour le droit français, le Doyen Desbois écrit ainsi: «Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale»¹⁷.

5. Partant, l'assignation d'un sens précis au mot «originalité» est capitale pur la maîtrise de la matière. Or les spécialistes français de celle-ci définissent toujours l'originalité par opposition à la nouveauté que requiert le droit de la propriété industrielle, qu'il s'agisse de brevets ou de marques. Quand le Doyen Desbois écrit que l'œuvre doit être originale, c'est pour ajouter dans l'instant: «Point n'est besoin qu'elle soit *nouvelle*»¹⁸. Des exemples viennent illustrer le propos. Voici mis en scène deux peintres «qui, sans s'être concertés..., fixent l'un après l'autre, sur leurs toiles, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage»¹⁹ ou deux sculpteurs dont le second, «élève du premier, crée sa sculpture en copiant l'œuvre de son maître»²⁰. On nous dit que l'œuvre du second en date ne peut pas être nouvelle mais qu'elle n'est pas, pour autant, dépourvue d'originalité.

15. Cf. P. HAGUET, *Faut-il breveter le software? Faut-il breveter $E = MC^2$?*, Direction, juin 1967, p. 570.

16. En ce sens, C. LE STANC, *La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale*, «Dossiers Brevets», 1979, IV, p. 13: «Tous les pays s'accordent... pour exiger ce caractère d'originalité».

17. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n. 3.

18. *Ibid.* Adde: C. COLOMBET, *op. cit.*, n. 29.

19. Tel est l'exemple proposé par le Doyen Desbois.

20. Tel est l'exemple proposé par M. COLOMBET.

C'est que — dit-on encore²¹ — la nouveauté a un caractère objectif, alors que *l'originalité a un caractère subjectif*. Quand Renoir et Monet peignent, l'un et l'autre, la Seine à Argenteuil, quand, sur leurs toiles, apparaissent la même voile, le même embarcadère, le même reflet et, jusque dans le lointain, indistinct sur l'autre rive, le même petit pavillon ou le même pigeonier, peu importe de savoir qui a, le premier, planté son chevalet, car, au-delà de toute rencontre, une de ces œuvres restera toujours un Renoir et l'autre un Monet.

Dans cette conception, le droit d'auteur récompense la création, l'acte de création rapporté à son auteur, le brevet, l'apport à la collectivité d'une technique nouvelle jusque là inconnue d'elle. Le droit de la propriété industrielle est tout entier tourné vers l'intérêt général, le droit de la propriété littéraire et artistique vers l'intérêt particulier des créateurs, il n'est que l'« expression du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs »²².

6. Au vrai, il faut reconnaître que certains auteurs ne s'embarassent guère de tels distinguos. Pour les uns, nouveauté ou originalité justifient également la protection au titre du droit d'auteur²³. Pour d'autres, raisonnant sur le cas propre des dessins et modèles pour lesquels la loi française requiert la nouveauté, les deux notions sont si proches que toute distinction devient inutile²⁴. Mais ceci est loin d'être l'opinion dominante, même si l'on peut relever quelques décisions en ce sens²⁵.

II

7. La question propre que suscite la protection des logiciels par le moyen du droit d'auteur est alors évidente: *le logiciel, œuvre de logique, peut-il être œuvre originale?* La réponse positive paraît certes aujourd'hui recevoir de plus en plus de suffrages²⁶ et la Cour de Paris déclare, en termes expès, que « l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression »²⁷. Mais il est intéressant de revenir en arrière pour redécouvrir les scrupules des auteurs, car la banalisation des choses peut devenir le masque de difficultés réelles mais oubliées.

21. H. DESBOIS, *op. cit.*, n. 3 et s.; C. COLOMBET, *op. cit.*, n. 29.

22. H. DESBOIS, *op. cit.*, n. 4 *in fine*. M. Colombet exprime la même idée. Rapp. Saleilles (S. 1900, 2, 120): « L'œuvre... est une émanation incessamment agissante de la faculté créatrice de l'individu ».

23. A. LE TARNEC, *Manuel de la propriété litt. et artistique*, Dalloz, 1966, pp. 180 et s.

24. P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 1974, pp. 178 et ss. Roubier ne paraît pas non plus faire une claire distinction entre nouveauté et originalité à propos des dessins et modèles (cf. *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, T. 2, 1954, n. 226).

25. Jurisprudence citée par M. LE TARNEC, *op. cit.*, n. 188.

26. Voir *supra*.

27. Paris, 2 novembre 1982, précité.

8. Une première objection formulée fut qu'il semblait « impossible de rechercher l'originalité du programme indépendamment de son contenu »²⁸. Si des écarts peuvent être notés d'un programme à un autre, c'est, dans cette opinion, en tant que des réponses différentes sont apportées à un même problème. Les différences ne sont pas de forme, mais relèvent de la conception même du programme. Or, comme il semble qu'on soit là dans le domaine des idées pures (un programme n'est-il pas une forme d'algorithme²⁹?) et que les idées sont de « libre parcours », il paraît difficile d'envisager de recourir à la technique du droit d'auteur, sans jouer dans le flou et travestir la notion d'originalité. La thèse est rigoureuse. Elle pêche sans doute par excès de rigueur. Postulant que le langage de l'informatique est trop réduit pour permettre « une expression individuelle originale »³⁰, elle néglige que, comme le note un auteur japonais, un programme, rédigé en langages lisibles pour l'homme tel que le Cobol, le Fortran, PL/1 ou APL, est « quasiment semblable à une prose ordinaire »³¹.

9. Le vrai problème, proche en vérité, est néanmoins autre. L'auteur d'un programme n'est pas sans liberté. Il peut choisir entre plusieurs formes d'expressions mais — c'est là la difficulté — ce faisant, il doit obéir à une contrainte logique précise. La formule choisie doit l'être par le programmeur comme étant la plus pertinente pour atteindre un résultat déterminé. Dès lors, il faut parler, comme l'a fait excellemment M. Le Stanc³², d'« effort intellectuel personnalisé » pour poser avec lui la question: « 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 »?

Sans doute, spécialement dans l'ordre littéraire (mais point exclusivement), un tel effort est toujours requis. Le choix du mot juste, du terme « pertinent » pour susciter chez le lecteur ou l'auditeur tel ou tel sentiment, est essentiel. Ce n'est pas par hasard qu'Eluard parle de la terre « bleue comme une orange » et Etiennele recense dans la langue française, pour désigner la littérature érotique, plus de vingt cinq mots qu'il oppose au triste et monocolore « sexy ». Cette femme est-elle jolie ou belle? Troublante? Charmante? Accorte? Piquante? Il y a là pourtant une différence avec la programmation informatique qui est que l'auteur définit lui-même la fin qu'il entend poursuivre.

Pour le programmeur, la finalité à atteindre est imposée: il s'agit d'assurer telle fonction, de parvenir à tel résultat. Il est vrai que cette contrainte est

28. P. BUCH, *La protection juridique des programmes d'ordinateurs*, « Revue de droit intellectuel », 1976, 157, spéc. p. 177.

29. Cf. par ex., la définition proposée par M. Peccoud: « Méthode algorithmique permettant de réaliser une tâche sur une machine donnée » (*La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Litec, 1969, p. 135).

30. P. BUCH, art. précité, p. 177.

31. Y. TAKAISHI, art. précité, p. 132: « ...is quite similar to ordinary prose ».

32. C. LE STANC, art. précité, p. 14.

déjà celle du traducteur qui doit trouver le mot juste, non pour exprimer un sentiment qui lui est propre, mais pour refléter le plus fidèlement possible la pensée de l'auteur traduit. La Cour de Paris n'a, d'ailleurs, pas manqué de faire le rapprochement: «Les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression»³³. Mais si ce choix traduit une subjectivité (est-il activité humaine qui ne le fasse pas?), il traduit surtout l'aptitude du traducteur ou du programmeur. Ce sont les compétences de l'un et de l'autre dans le maniement d'un langage (qu'il s'agisse d'anglais ou de fortran...) qui font les différences. Or, comme il ne saurait être question, par la voie du droit d'auteur, de protéger la démarche de fond, le fait d'avoir trouvé telle réponse à tel problème d'ordre intellectuel³⁴, trouve alors sa raison d'être dans l'existence d'une différence, objective (risquons le mot), dans la forme. Certes, on fait valoir que le traducteur «crée»³⁵ mais M. Lucas, sur l'activité analogue des programmeurs, se récrie quand le Tribunal correctionnel de Bobigny, dans un jugement du 11 décembre 1978, parle d'un «effort intellectuel personnalisé» de l'auteur³⁶: «Qu'il y ait un effort intellectuel inhérent à l'opération de programmation, on en conviendra volontiers», écrit-il. «Que cet effort soit le fait d'une personne, cela est évident. Que cet effort soit pour autant personnalisé au sens véritable de cet adjectif est beaucoup plus douteux, car la création ne révèle en aucune manière la personnalité de son auteur. Or, c'est cette empreinte de la personnalité du créateur qui constitue l'originalité requise pour la naissance du monopole d'auteur»³⁷.

10. On peut évidemment faire sien ce point de vue. Il faut, en tout cas, admettre qu'à travers la protection du logiciel, l'originalité requise par le droit de la propriété littéraire et artistique se révèle... bien originale, mesurée à l'aune des idées reçues.

III

11. *L'originalité n'est, selon nous, que la nouveauté, mais dans l'ordre de la forme*³⁸. C'est la différence objective qui importe quand il s'agit de protéger un «cadavre exquis» élaboré à partir de mots tirés au hasard d'un dictionnaire ou un morceau de musique produit... par ordinateur, parler en pareil cas de manifestation de personnalité n'étant guère possible sans abus, la personnalité de l'auteur l'ayant certainement conduit à choisir une telle démarche mais étant quasiment étrangère à l'œuvre produite.

33. Paris, 2 novembre 1982, précité. M. Desbois fait le même parallèle: *op. cit.*, n. 38, p. 56.

34. Voir *supra*.

35. H. DESBOIS, *op. cit.*, n. 29: «Le traducteur consciencieux et compétent 'met du sien' et crée, tout comme le peintre qui fait la copie d'un modèle».

36. Voir «Expertises», 1982, n. 39, pp. 72 et ss.

37. A. LUCAS, *Logiciel et propriété intellectuelle* précité, p. 94.

38. Cf. déjà P. CATALA, Étude précitée, n. 11: «Il suffit que l'expression de l'œuvre soit nouvelle en sa forme».

La forme nouvelle est protégée en tant qu'elle n'est pas comprise, au jour de la création, dans l'univers des formes. Comme l'invention, pour être brevetable, doit être nouvelle, c'est-à-dire non comprise dans l'état de la technique³⁹. Les Menines que peint Picasso d'après Velasquez ne sont pas, comme le prétend la théorie classique, originales bien que dépourvues de nouveauté: elles sont nouvelles dans l'univers des formes. Les Menines de Velasquez à la géométrie sévère n'étaient pas cette composition savamment désarticulée. Et l'on peut en dire autant de l'Amphytrion 38 de Giraudoux, trente-huitième du nom mais aussi nouveau que le premier. Jamais Alcmène n'avait su voir sur le visage d'Amphytrion «ces deux rides tristes qui servent au sourire, cet évidemment comique qui sert aux larmes, et pour marquer l'âge, ce piétinement, là, au coin des tempes, de je ne sais quel oiseau». Jamais Amphytrion n'avait dit à Alcmène: «Toujours tu as été plus jeune que la jeunesse».

12. Est-ce à dire que l'opposition traditionnelle faite entre objectif et subjectif doit être tenue pour infondée? Nous ne le pensons pas. La propriété industrielle est de l'ordre de la connaissance, du savoir, c'est-à-dire de l'objectif, non que l'invention soit dégagée de tout élément subjectif mais en cela qu'elle peut être formulée en des termes accessibles à tous et susceptibles de permettre sa transmission sans que vienne s'y mêler une déformation subjective⁴⁰. La propriété littéraire et artistique, plus encore que de l'ordre du Beau — nul n'oublie cette jurisprudence qui eût pour objet un boulon —⁴¹, est le lieu (juridique) où l'*expression* humaine reçoit protection, et il est autant d'expressions que d'individus ou, si l'on préfère, de subjectivités.

* * *

13. Mais, objectivité ou subjectivité, c'est toujours de nouveauté qu'il s'agit. Nouveauté de l'invention, c'est-à-dire d'une «règle technique», pour emprunter sa terminologie à la doctrine germanique, d'un côté⁴². Nouveauté de la forme, de l'autre⁴³.

39. Convention de Munich sur le brevet européen, art. 54; Loi française du 2 janvier 1968, art. 8.

40. Un outil à fileter ou une méthode d'électrolyse de l'alumine restent identiques à eux-mêmes qu'ils soient appréhendés par un américain ou un chinois, par un homme du XIX^{ème} ou du XX^{ème} siècle.

41. Et le logiciel peut-il d'ailleurs prétendre relever du Beau? Comp. pourtant H. BAUER-BERNET, *Le droit et l'informatique*, Association belge des juristes d'entreprises, 1975, p. 8: «Il existe pour tout problème de programmation un tant soit peu complexe, un choix entre plusieurs modes d'expression. Un même problème peut être résolu d'une manière plus ou moins efficace, plus ou moins claire, *plus ou moins esthétique*» (c'est nous qui soulignons). Mais peu importe: on sait que le mérite et la destination de l'œuvre n'ont pas à être pris en considération.

42. Pour ne parler que du brevet d'invention.

43. M. Catala parle de deux visages de l'«innovation» (terme qu'il adopte comme générique). «Le premier», dit-il, «touche au fond, le second à la forme» (Etude précitée, n. 11).

14. L'explication est sans nul doute qu'il s'agit toujours de création. De même qu'est admise l'idée d'«unité de l'art», il faut reconnaître plus largement une «unité de la création»: l'acte créateur est toujours le même dans son essence. C'est là une idée qui ne saurait dérouter ceux qui, transalpins ou cisalpins ont en commun l'héritage de la Grèce antique et qui savent que, dans la langue attique la plus pure (et le mot «programme» est grec...), la *technè* est autant art que technique et que, pour être poète (*poietès*), il faut savoir être fabriquant, car, même avec l'aide des Dieux, un vers se fabrique (se cisèle, dit-ont).