

Réflexion sur la structure logique de la propriété intellectuelle

Jean-Louis Bilon

ABRÉGÉ: § 1. *Les éléments produits par la dialectique de la cause et de la finalité.* – § 2. *Les éléments produits par la dialectique de l'objet et de la finalité.*

1. Une étude de la structure du droit des brevets d'invention a démontré que cette institution est organisée autour d'éléments stables¹.

La permanence de certains éléments du droit des brevets a été décelée par la comparaison de différents textes législatifs qui, en France, ont régi la matière, de la monarchie absolue à l'époque contemporaine². Un invariant absolu, la cause du droit, domine l'institution et la transcende, aisément repérable dans des systèmes juridiques aussi différents que le droit français et le droit soviétique, chacun étant représentatif d'ensembles plus vastes, le droit français constituant un échantillon convenable du droit des pays occidentaux³, le droit soviétique représentant largement le droit des pays socialistes.

2. La cause de l'institution est l'innovation en tant qu'objet de revendications contraires. Revendication, tout d'abord, de l'auteur de la création qui, au moins, primitivement, veut faire reconnaître sa qualité d'auteur, d'une part, et la légitimité de sa possession d'autre part, en raison du lien naturel qui l'unit à la chose revendiquée puisque celle-ci est l'oeuvre de son esprit. Il revendique, ensuite, le droit d'user et de disposer de son invention, d'en tirer tous les fruits, conforté en cela par la valeur économique qu'elle peut revêtir⁴.

3. Revendications, ensuite, des tiers qui peuvent soit contester la qualité d'auteur du premier revendiquant, soit nier la légitimité de ses prétentions privatives. Cette négation peut avoir deux fondements parfaitement distincts mais susceptibles de se cumuler. La légitimité de la possession exercée par l'auteur peut être contestée en raison du mode de production de l'innovation car, au moins dans le domaine des sciences et techniques, rare est

1. Cf. J. L. BILON, *Etude logique sur les éléments invariants d'une structure juridique automatisée*, ATP CNRS, Montpellier, 1982.

2. La comparaison a porté sur la Déclaration royale du 24 décembre 1762, le décret du 7 janvier 1791, la loi du 5 juillet 1844, la loi du 2 janvier 1968, la loi du 13 juillet 1978.

3. En ce qui concerne, le droit de la propriété industrielle.

4. Donnée parfaitement évaluable par estimation du gain procuré, de l'économie permise ou de la perte évitée. Cf. S. PONCY, *L'évaluation financière des connaissances techniques*, Montpellier, 1973.

la création effectuée ex nihilo. Si elle est bien le fruit de l'esprit d'un seul, elle s'inscrit le plus souvent dans l'évolution des idées, des sciences et des techniques. D'autres découvertes l'ont précédée voire suggérée à l'auteur, véritable catalyseur réunissant des éléments épars en une combinaison nouvelle.

4. La légitimité de la possession de l'auteur de l'invention peut être aussi contestée sur le fondement des intérêts supérieurs de la collectivité. La réservation à un seul de la découverte peut être une entrave à l'évolution des sciences et techniques. Elle peut être aussi contraire à l'ordre économique et social dont l'auteur dépend lorsque, comme en Union Soviétique, les moyens de production appartiennent à la collectivité, ce qui interdit à l'inventeur l'utilisation privative d'une innovation susceptible d'application dans le domaine technique.

5. Ces revendications contradictoire à propos de l'innovation interpellent le législateur qui doit arbitrer entre elles. Il l'a fait en Union Soviétique par l'élaboration d'un système récompensant le mérite de l'inventeur, lui reconnaissant cette qualité, mais réservant à la collectivité l'usage de l'invention⁵. Le législateur français a admis, au contraire, la revendication privative de l'inventeur tout en organisant un système sauvegardant les intérêts de la collectivité. Dans les deux cas l'intervention législative se caractérise par une analyse de la cause, l'innovation, dominée par une finalité qui varie selon les systèmes juridiques, mais qui conduit en toutes hypothèses à une institution dont les éléments constitutifs ont une nécessité logique induite par la nature du droit établi.

Ces éléments ont ainsi une nature catégorielle et, au moins en droit français, sont constitués par l'objet, le sujet, le contenu du droit, l'opposabilité de ce droit, sa sanction. Ils ont été aussi reconnus comme invariants mais de façon relative car leur stabilité dépend étroitement de la finalité juridique du législateur. Que celle-ci change et les éléments de la structure varient, se combinent différemment ou même disparaissent. Nécessités par la logique du droit voulu par le législateur, ces éléments n'ont pas qu'une existence formelle. Ils ont une substance qui dans l'analyse du droit des brevets d'invention a paru entièrement déterminée par une dialectique de la cause⁶ et de la finalité de l'institution. Ceci a été affirmé à propos de la définition de l'objet du droit et des modalités de l'opposabilité de ce droit. Le sujet du droit est apparu, par contre, déterminé par la seule cause, la finalité de l'institution ne jouant aucun rôle dans cette détermination. A l'inverse, le contenu du droit a semblé dominé par la seule finalité juridique du législateur. Tirées de l'observation du droit des brevets d'invention considéré isolément alors que l'invention industrielle n'est qu'une facette de

5. Cf. M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, *La protection des inventions en Union-Soviétique et dans les républiques populaires d'Europe*.

6. Entendue comme l'innovation, avant tout définition juridique, revendiquée contradictoirement par l'inventeur et les tiers alléguant d'antériorité ou l'Etat représentant la collectivité.

l'innovation, ces conclusions doivent être modifiées, modérées lorsque l'analyse s'étend à d'autres secteurs du droit de la propriété intellectuelle. Si l'objet et le sujet du droit sont bien déterminés par la dialectique de la cause et de la finalité (§ 1), l'opposabilité et le contenu du droit semblent dépendre d'une combinatoire où la finalité est toujours présente mais dans laquelle l'objet juridiquement défini se substitue à la cause (§ 2).

§ 1. LES ÉLÉMENTS PRODUITS PAR LA DIALECTIQUE DE LA CAUSE ET DE LA FINALITÉ

6. Un droit privatif sans objet et sans sujet ne se conçoit pas. Définir l'un et l'autre est une nécessité logique à laquelle le législateur ne peut se dérober dès lors qu'il crée un tel droit et la propriété intellectuelle n'échappe pas à cette exigence. Dans ce domaine ces définitions ont été élaborées sous l'empire d'une dialectique mettant en relation la cause de l'institution, revendication privative d'une création, et la finalité du législateur, finalité juridique d'organisation d'un droit.

A. *L'objet du droit*

7. L'innovation n'a pas, en tant que telle, de statut légal. Ce sont des revendications successives qui ont conduit le législateur à proclamer le droit des inventeurs, celui des auteurs et des dessinateurs sur leurs oeuvres et cela sera peut-être bientôt le cas pour les créateurs de logiciels.

Des législations distinctes règlent le sort des produits de l'activité inventive ce qui, de prime abord, donne l'impression d'une casuistique aléatoire, le droit créé semblant régir, directement, des objets tirés de l'observation du réel.

8. L'analyse des brevets d'invention dément cet apparent automatisme et révèle, au contraire, une structure de la définition de l'objet du droit, issue d'une dialectique de la cause et de la finalité de l'institution.

Cette constatation a été effectuée à propos d'une institution déjà organisée. La dialectique de la cause et de la finalité peut ainsi apparaître comme une tentative d'explication, de justification du contenu d'une définition de l'objet protégé mais à posteriori. Pourtant l'observation du droit de la propriété intellectuelle dans ses développements les plus récents permet d'affirmer que la dialectique de la cause et de la finalité est aussi la manifestation d'une méthode de définition de l'objet protégé.

1) La dialectique, justification d'un objet défini

9. L'invention, comme objet de droit, ne s'impose pas directement. Saisi par les revendications privatives des inventeurs, le législateur a défini stric-

tement l'invention protégeable en la cantonnant au domaine des applications industrielles et en exigeant qu'elle soit empreinte de nouveauté et produit d'une activité inventive. Ces conditions mises à la protection constituent autant d'éléments invariants du droit des brevets d'invention, toujours présents malgré l'évolution législative française⁷. Cette exigence ne provient pas d'une constatation dictée par les données des faits mais, au contraire, constitue l'aboutissement d'une analyse de ces données. La nature particulière de l'invention fixe les bornes de cette recherche et le législateur est lié par le contenu des revendications des inventeurs, mais sa finalité n'en intervient pas moins.

Rien ne l'obligeait, tout d'abord, à accueillir favorablement la demande qui lui était faite. Il n'aurait pas été inconcevable d'écarter la solution offerte par les droits privatifs et d'instaurer à sa place un système permettant la reconnaissance des mérites de l'auteur de la découverte, de le récompenser éventuellement, mais sans pour autant lui reconnaître un droit d'usage sur l'invention. Il eût été possible, aussi, de créer une propriété scientifique et technique portant sur toute découverte et fondée sur l'activité inventive qui recevrait ainsi un couronnement quel que soit son domaine d'application. Tel n'a pas été le cas, le législateur ayant préféré établir un système assurant un juste équilibre entre ce qui est dû à l'inventeur et ce qui doit revenir à la collectivité, aux tiers. L'innovation qui relève de l'idée pure a été écartée, seule l'invention susceptible d'application industrielle et non comprise dans l'état de la technique étant admise à la réservation privative.

Le choix a été guidé par la finalité du législateur enclin à reconnaître un droit privatif à l'inventeur tout en sauvegardant l'évolution de sciences qui aurait été compromise par la réservation au profit d'un seul de l'usage de l'idée pure. L'exigence du caractère industriel procède du libre choix du législateur, celles de nouveauté et d'activité inventive proviennent de la nature même de l'invention, de la cause du droit. La définition de l'objet du droit résulte ainsi d'une combinatoire mettant en relation la finalité poursuivie, l'établissement d'un droit privatif ménageant l'intérêt général, et la nature de la cause, une activité inventive.

10. Cette dialectique de la cause de l'institution et de la finalité du législateur, source des invariants de la définition de l'objet, n'est pas discernable dans le seul domaine des brevets d'invention et se manifeste au contraire dans tous les domaines réglementés de ce qu'il est convenu d'appeler la propriété intellectuelle, qu'il s'agisse des dessins et modèles, de la propriété littéraire et artistique, et plus récemment de la protection des logiciels et dans ce dernier domaine, se révèle plus comme l'expression d'une méthode que comme la justification d'un choix.

7. Cf. J. L. BILON, *Etude logique sur les éléments invariants d'une structure juridique informatisée*, précitée.

2) La dialectique, méthode de définition d'un objet

11. Le problème de la protection juridique du logiciel est riche d'enseignement car il permet d'observer la genèse d'un droit subjectif, la maïeutique qui préside à sa naissance.

En cette matière, encore, un « donné » interpelle le législateur. Le logiciel, combinaison de logique mathématique, de langage et d'invention, est revendiqué par son auteur qui souhaite en user et en disposer à son gré, être protégé des appétits manifestés par les tiers, potentiels utilisateurs de ce type particulier d'innovation qui nécessite bien souvent, pour son élaboration, d'importants investissements, intellectuels et matériels.

12. A cette sollicitation, le législateur français n'a répondu à ce jour que de façon bien hâtive en excluant le logiciel de la protection par les brevets d'invention et sans trancher le vrai débat qui est celui de la protection de ce bien nouveau par une législation spécifique. Seule la doctrine juridique est à l'oeuvre et par une démarche caractéristique tente de répondre à l'attente des informaticiens en proposant au législateur des solutions entre lesquelles, il lui faudra bien un jour choisir.

Les auteurs ne rejettent pas d'emblée la revendication privative des créateurs de logiciels. Ils l'admettent, au moins dans son principe, en raison de l'appartenance du logiciel au domaine de l'innovation. Une cause de protection juridique est ainsi identifiée et une finalité est attribuée à cette protection: la réservation privative. Pour parvenir à cette fin, le programme est confronté aux définitions légales des objets de droits privatifs reconnus dans des domaines voisins. S'agissant d'une activité intellectuelle innovatrice le programme a été comparé à la définition de l'invention brevetable dont le régime semblait le plus correspondre à la revendication privative des programmeurs. Au terme d'analyses diverses, les auteurs ont, dans l'ensemble⁸, écarté le logiciel de cette protection qui eût été la plus satisfaisante, aux motifs que le caractère industriel, élément invariant des brevets, est absent des logiciels⁹.

Ce résultat négatif a conduit à comparer le logiciel à d'autres formes de propriété intellectuelle. Les dessins et modèles étant exclus d'emblée, la comparaison a porté sur l'objet de la propriété littéraire et artistique. Ce droit de propriété, complet dans son contenu, puisqu'il assure au sujet l'usus, le fructus et l'abusus de l'objet, en cette matière, est défini en des termes qui excluent toute nécessité industrielle ce qui écarte l'obstacle rencontré pour l'application du droit de brevet. Mais la loi ne retient de l'objet

8. Cf. LUCAS, *Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels*, JCP. G, 1982, n° 3081.

9. Analyse critiquable et critiquée. Cf. P. LECLERQ, *La protection juridique du logiciel*, «CBI informations», octobre 1982, p. 7.

revendiqué qu'un de ses éléments, l'expression¹⁰, et à condition toutefois qu'elle soit originale, qu'elle traduise la personnalité de l'auteur.

13. Il s'agit là d'une exigence de nouveauté formelle, déterminée par la combinaison de la finalité du législateur, reconnaissance d'un droit privatif, et de la cause du droit, revendication de l'expression d'une idée et non pas de l'idée elle-même, insusceptible d'appropriation. Cette nouveauté ne s'oppose pas à celle exigée des inventions brevetables mais procède d'une même nécessité¹¹. S'agissant de création de l'esprit, l'objet du droit reconnu à l'auteur comme à l'inventeur ne peut être identifiable qu'à condition d'être distinct des créations antérieures. La nouveauté est établie dès lors qu'il y a créations soit dans l'ordre de la forme, soit dans l'ordre du contenu. Il en va de même pour les dessins et modèles sur lesquels un droit privatif est reconnu à l'auteur à la condition qu'il s'agisse «d'un dessin nouveau, d'une forme plastique nouvelle, d'un objet industriel distinct de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle»¹².

Comparé à l'objet des droits d'auteur, le logiciel a été analysé de façon à mettre en évidence les éléments permettant de le faire entrer dans le champ d'application de cette protection particulière. Or, dans la moyenne des cas, le logiciel va manquer d'originalité au sens traditionnel de ce terme en droit français, la personnalité de l'auteur ne transparaissant pas dans son oeuvre alors que la nouveauté en informatique n'implique pas forcément une telle manifestation. Cette difficulté combinée à d'autres, en particulier, une certaine inadaptation de la protection assurée, la copie seule étant interdite, un projet de droit sui generis a été proposé.

14. Le projet présenté par l'OMPI bien qu'incomplet, préfigure assez bien ce que serait une loi organisant la protection des logiciels et illustre le mode de production des invariants tenant à l'objet du droit. La finalité privative est certaine mais tournée vers une application de la protection à la moyenne des cas de figures possibles. Dès lors, une définition très générale mais globalisante du logiciel est établie¹³ permettant de distinguer cette nouvelle catégorie d'innovation des inventions industrielles et des oeuvres couvertes par le droit d'auteur. Cette première délimitation effectuée, l'exigence de nouveauté, commune à tous les systèmes de protection de l'innovation, est

10. Cf. H. DESBOIS, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1957, chronique, pp. 165 et s.

11. Cf. M. VIVANT, *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème des logiciels*, même revue.

12. Article 2, loi du 14 juillet 1909.

13. «Le programme d'ordinateur (est) un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par une machine, faire indiquer, faire accomplir, ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par une machine capable de faire du traitement de l'information».

formulée en considération de sa nature particulière. Le projet ne s'applique «qu'au logiciel qui est original dans le sens qu'il est le fruit du travail intellectuel de son créateur»¹⁴.

15. Aucune référence à une nouveauté objective n'est ici faite, les antériorités d'application ne faisant pas obstacle à la protection. De même l'originalité ainsi définie n'a rien de commun avec celle des droits d'auteurs, puisque la personnalité de l'auteur n'a pas à se manifester. Il suffit que le programme ne soit pas la simple copie d'une expression antérieure pour être nouveau. Cet apparent laxisme dans la définition de la nouveauté du logiciel découle de la volonté des auteurs du projet d'établir une protection privative applicable à tout programme quel qu'il soit, en se référant à ses seuls caractères généraux. Cela permet d'écarter les obstacles qui, dans la majorité des cas, s'opposent à l'application, soit du droit des brevets d'invention, soit des droits d'auteurs.

16. Mais dès lors la logique interne de cette définition de l'objet du droit institué limite cet objet lui-même. L'originalité objective étant écartée, la référence à la personnalité de l'auteur étant supprimée, reste seule, comme objet de droit, la forme du programme, son expression. Il ne reste plus qu'à proclamer l'exclusion de la protection du contenu du programme pour parvenir au bout de cette dialectique de la finalité et de l'objet, ce qui est chose faite dans l'article 4 du projet qui a pour effet d'exclure de ce droit qui se veut sui generis, le processus logique mis en oeuvre par l'auteur du logiciel qui peut être nouveau et original en étant plus que la simple application de principes scientifiques¹⁵.

L'objet ainsi proposé à la protection n'a plus que de lointains rapports avec celui de la revendication privative qui a motivé l'élaboration du projet. Il n'est plus un «donné» du réel, mais un «construit» au terme d'une réflexion combinant la finalité du législateur et la cause de l'institution.

17. La dialectique de la cause et de la finalité est mise en oeuvre au cours d'un processus d'identification juridique de l'objet revendiqué qui aboutit à une définition.

L'objet de la revendication, tel qu'il est perçu dans les faits, est comparé à des objets juridiquement définis d'institutions existantes. Le choix de ce deuxième terme de la comparaison est déterminé par l'analyse des causes et des finalités. Le logiciel est comparé aux différents droits de propriété intellectuelle car il relève du domaine de l'innovation, des créations de l'esprit auquel appartiennent l'invention industrielle, les dessins et modèles, l'oeu-

14. Art. 3 du projet de l'OMPI.

15. Pour répondre à l'attente des informaticiens le législateur devrait sans doute se montrer plus ambitieux que les auteurs du projet de l'OMPI et pratiquer une analyse mettant en évidence la gradation existant dans cette catégorie d'innovation, allant de l'application proche de l'invention brevetable jusqu'au programme courant sans autre originalité que celle découlant du travail personnel. A ces différences devrait correspondre une protection diversifiée.

vre littéraire et que les droits reconnus sur ces objets ont une finalité plus ou moins proche de celle recherchée à propos du logiciel.

La comparaison permet de vérifier l'éventuelle correspondance entre les caractères généraux de l'objet revendiqué et les éléments caractéristiques des objets déjà protégés par un droit de réservation privative.

Si une correspondance totale est établie avec l'un ou l'autre de ces objets, l'objet de la revendication sera déclaré inclus dans le domaine d'application d'un droit préexistant;

si au contraire une telle conclusion s'avère impossible, il n'en reste pas moins que la comparaison aura permis d'approcher la définition juridique de l'objet revendiqué. Hormis le cas d'un défaut total de concordance, certains éléments des objets déjà protégés peuvent être décelés dans ce qui est proposé à la protection.

Dans l'hypothèse où la création d'un droit nouveau est décidé, l'importance de ces éléments guide le rapprochement avec des institutions existantes et détermine les emprunts qui leur sont faits. Ainsi en est-il en matière de logiciel. Ce produit de l'activité inventive présente parfois tous les éléments de l'invention industrielle protégeable, mais trop peu souvent pour que tout logiciel soit ainsi protégé. Or, la finalité poursuivie est la protection de ce domaine de l'activité des informaticiens et des investisseurs, c'est-à-dire des entreprises, activité considérée le plus largement possible.

Le logiciel, par contre, a toujours une expression formelle, ce qui conduit à rapprocher cet objet de l'oeuvre protégée par la propriété littéraire et artistique. Interviennent alors les éléments propres à l'objet revendiqué et absents des autres institutions mais qui vont permettre son identification complète et conduire à la définition de l'objet juridique de la nouvelle institution. Le logiciel n'est que rarement l'expression de la personnalité de son auteur et ce caractère ne doit dès lors pas figurer dans la définition juridique puisque cela empêcherait une large application du droit nouveau. Il est toujours constitué par un ensemble d'instructions en vue d'un traitement de l'information, son originalité provenant d'une nouveauté de cette combinaison, nouveauté due au travail personnel de l'auteur. La définition de l'objet est ainsi l'expression d'un choix sous les auspices de la dialectique de la cause et de la finalité.

La cause délimite strictement le domaine d'où pourront être tirés les éléments caractéristiques de l'objet juridique. Il est possible d'en retrancher, mais on ne peut y ajouter. La finalité guide le choix parmi les éléments susceptibles de caractériser l'objet. La recherche d'une très large protection a guidé l'OMPI dans l'élaboration de son projet. Celui-ci emprunte largement à la propriété littéraire et artistique tout en tenant compte des caractères propres au logiciel. Cette finalité pêche par excès car recherchant la protection du plus grand nombre de logiciels par une définition globalisante de l'objet, seule la protection de la forme du programme est obtenue

ce qui peut être frustratoire. Il conviendrait en cette matière de reconsidérer la cause et la finalité afin d'aboutir à une protection différenciée, peut être plus difficile à élaborer, mais tenant compte de la diversité, de la versatilité des logiciels qui remettent en cause les catégories juridiques.

B. *Le sujet du droit*

18. Le sujet du droit est déterminé en matière de brevets d'invention dans la seule considération de la cause de l'institution constituée par l'activité inventive. Il y a reconnaissance d'un droit naturel de l'inventeur sur sa création, admis de façon intangible par toutes les législations existantes ou ayant existé jusque et y compris en droit soviétique. En France, ce lien a été reconnu par toutes les lois ayant régi ce domaine depuis 1791¹⁶. Seule la loi du 2 janvier 1968 semble s'être écartée de cette solution en faisant abstraction de la qualité d'inventeur pour faire prédominer celle de premier déposant. Néanmoins, était réservée au véritable inventeur une action en revendication en cas de dépôt en fraude à ses droits. Ce texte, préoccupé par les nécessités de la sécurité juridique, faisait prévaloir le dépôt, mais n'en protégeait pas moins la création authentique.

19. La loi de 1978 a reconnu un « droit légal au brevet »¹⁷ à l'inventeur. Le sujet du droit désigné par l'article 1 bis de ce texte est l'inventeur ou ses ayants causes. La relation vitale qui existe entre l'inventeur et l'invention est ainsi affirmée de nouveau en droit contemporain. La notion d'ayants cause permet au possesseur légitime de l'invention de procéder au dépôt et d'accéder à l'opposabilité conditionnée par cette formalité. Il y a là, en apparence, une rupture entre la qualité d'inventeur et l'attribution du droit. Cette possibilité n'est toutefois pas en contradiction avec la réservation du droit de brevet à l'inventeur, car la possession légitime suppose que l'inventeur ait lui-même placé le déposant en possession ou l'ait laissé se maintenir en possession, ce qui suppose un acte de volonté fondé sur le droit de l'inventeur sur son invention; une cession de l'invention avant tout dépôt pouvant, par exemple, avoir été conclue. Cette observation est renforcée par l'existence, dans le texte de 1978, d'une action en revendication qui permet à l'inventeur, en cas de dépôt en fraude à ses droits, d'obtenir « une subrogation rétroactive aux droits de brevet »¹⁸.

20. Ce mode de désignation du sujet du droit prédomine aussi dans tous les autres droits de propriété intellectuelle.

La loi sur les dessins et modèles proclame « la propriété d'un dessin ou d'un modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit »¹⁹. Le

16. Décret du 7 janvier 1791, loi du 5 juillet 1844, loi du 13 juillet 1978.

17. J. M. MOUSSERON et A. SONNIER, *Le droit français nouveau des brevets d'invention*, LI-TEC, 1978, p. 63.

18. *Ibid.*, *op. cit.*, p. 73.

19. Art. 3, loi du 14 Juillet 1909.

dépôt n'établit qu'une présomption de création et n'est pas attributif de propriété.

La loi sur la propriété littéraire et artistique constate, serait-on tenté d'écrire, que «l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous»²⁰.

Le projet de l'OMPI, pour sa part, affirme que «les droits conférés par la présente loi en ce qui concerne le logiciel appartiennent à la personne qui a créé ce logiciel»²¹.

Tous ces textes ont en commun avec le droit de brevet de reconnaître le lien naturel existant entre l'oeuvre et son créateur, même si ce lien ne traduit qu'un simple «travail intellectuel» comme dans le cas du logiciel analysé par l'OMPI. Il s'agit bien là d'un invariant de la propriété intellectuelle, indépendant de la finalité du législateur, la cause, l'innovation, intervenant seule dans la détermination du sujet du droit dès lors que l'institution de celui-ci est admise et quelle que soit sa nature.

§ 2. LES ÉLÉMENTS PRODUITS PAR LA DIALECTIQUE DE L'OBJET ET DE LA FINALITÉ

21. Une fois l'objet et le sujet du droit désignés à l'issue de la confrontation de la cause et de la finalité de l'institution, la législateur toujours mû par sa motivation juridique doit composer avec l'objet qu'il a lui même défini. Cette substitution de l'objet à la cause dans la dialectique qui la combine à la finalité apparaît dans l'organisation de l'opposabilité du droit et dans la détermination du contenu de ce droit.

A. *L'opposabilité du droit*

22. La seule prise en considération de la cause de l'institution, l'activité créatrice, conduirait à rendre le droit reconnu au créateur opposable du seul fait de l'innovation. Ce serait reconnaître les effets de la combinaison de la finalité poursuivie par le législateur lors de la création du droit avec les nécessités induites par l'objet légalement défini.

Dans certains domaines de la propriété intellectuelle, le législateur a été conduit à exiger une formalité préalable à l'opposabilité inconnue dans d'autres secteurs.

20. Art. 1, loi du 11 mars 1957.

21. Art. 2 du projet de l'OMPI, précité, p. 277.

1) Opposabilité soumise à formalité

23. L'opposabilité du droit de brevet est conditionnée par le dépôt de l'invention. Cette procédure est à la fois un mode d'individualisation de l'objet du droit et un moyen de publicité de ce droit.

C'est l'établissement d'un droit sur la chose qui induit la nécessité d'une individualisation de celle-ci. L'institution a pour fin de permettre au sujet d'exercer, sur l'objet, un droit privatif opposable aux tiers. Un droit privatif, tel celui établi sur l'invention, ne peut l'être que sur un objet déterminé, faute de quoi ce droit n'aurait aucun support. Etant incorporelle et fruit de l'esprit, l'invention ne peut être individualisée que par son auteur, cette démarche le conduisant à définir lui-même l'étendue de son droit.

Le dépôt répond à cette nécessité et a pour finalité l'individualisation précise de l'objet en permettant l'information des tiers afin que ceux-ci ne transgressent pas les droits du sujet par et sur l'objet ou qu'ils puissent contredire éventuellement les revendications du déposant.

Outre cette fonction purement juridique, le dépôt est aussi motivé par la recherche d'une publicité des innovations afin de permettre la communication immédiate des nouvelles découvertes, dans un souci de progrès technique et scientifique. Le législateur, en la matière, est mû par une double finalité: assurer la protection de l'inventeur mais aussi favoriser l'évolution de la connaissance. Le meilleur encouragement qui puisse être donné à la propagation d'une technique nouvelle est bien de garantir son auteur contre la concurrence des tiers, mais mieux vaut se garder de l'égoïsme éventuel de l'inventeur et lui imposer la divulgation de son travail.

L'élément invariant constitué par le dépôt apparaît ainsi comme le produit d'une dialectique combinant la finalité du législateur et l'objet du droit.

La finalité, premier terme de la combinatoire implique, par l'institution d'un droit, l'individualisation du bien, par la recherche d'une information des tiers, une publicité légalement organisée.

L'objet du droit, second terme de la combinatoire, par sa nature particulière, légalement définie comme une invention industrielle, induit la nécessité d'une individualisation par les soins du revendiquant lui-même. Cette dialectique conduit à l'instauration d'un processus de reconnaissance de la chose revendiquée, véritable bornage, s'achevant par une communication aux tiers.

24. Le dépôt est aussi un élément fondamental du droit des dessins et modèles organisé par la loi du 14 juillet 1909, la protection assurée par ce texte étant réservée aux seuls dessins et modèles régulièrement déposés ²².

22. Le dépôt des dessins et modèles est aussi une condition fondamentale de la protection dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux. Cf. P. et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Librairie, 1974, pp. 549 et s.

Le souci de divulgation de l'innovation ne sous-tend pas cette exigence, bien au contraire, le dépôt pouvant être effectué sous la forme publique ou secrète.

Seule domine ici la nécessité d'organiser un système permettant d'assurer un minimum de sécurité juridique dans ce type d'activité. Le dépôt est le fondement de la preuve de l'antériorité de la création et d'une présomption de propriété en faveur du déposant. Il permet l'individualisation de l'objet protégé assurant ainsi les mêmes fonctions qu'en matière de brevets d'invention.

2) L'opposabilité sans formalité

25. Le dépôt, élément invariant du droit des brevets et des dessins et modèles, est absent du droit d'auteur. Nulle exigence du dépôt de l'oeuvre n'est formulée par la loi du 11 mars 1957, alors qu'il y a protection privative d'une innovation, finalité et cause identiques à celles des autres droits de propriété intellectuelle.

Si à une finalité identique ne correspond pas un même effet dans l'opposabilité, c'est que le législateur a été tenu par la nature particulière de l'objet du droit. L'oeuvre littéraire est la manifestation de la personnalité de l'auteur, l'un de ses attributs et il a sur elle les mêmes droits que sur son image car elle lui est indissolublement liée. Le droit de propriété existe et est opposable à tous du seul fait de la création²³. L'auteur est le seul à pouvoir décider de la divulgation de son oeuvre, droit que la loi lui reconnaît, et ce serait violer sa personnalité que lui imposer un dépôt qui reviendrait somme toute, à exiger une divulgation à un moment donné.

Cette plus grande attention accordée au lien qui unit l'oeuvre littéraire à son auteur, en comparaison du traitement réservé à l'inventeur, est due aussi à ce que seule l'expression est protégée et non pas le contenu et qu'ainsi, aucun risque de paralysie ne menace l'activité créatrice des tiers, qu'aucune nécessité de publicité n'est induite par la protection de l'évolution de sciences et techniques.

L'oeuvre littéraire ne procède pas du monde industriel mais relève du champ de l'expression des idées.

Il convient, néanmoins, d'ajouter que le droit d'auteur, avant toute divulgation, ne s'exprime qu'à travers les prérogatives du droit moral. C'est la divulgation qui arme complètement le droit d'auteur entraînant la naissance du droit pécuniaire et l'application de la protection contre les usurpateurs et imitateurs.

23. Art. 1, loi du 11 mars 1957. Cf. R. SAVATIER, *La loi du 11 mars 1957*, «Semaine juridique», 1957, n° 1398.

La divulgation remplit ainsi, dans une certaine mesure, des fonctions proches de celles du dépôt, mais sans formalisme, puisque l'objet de la protection se limite à la forme.

Le projet de l'OMPI relatif à la protection des logiciels écarte le dépôt et même le simple enregistrement, forme atténuée du précédent. On ne peut invoquer dans ce cas, le nécessaire respect de la personnalité du programmeur pour expliquer cette différence avec les brevets d'invention puisque, aussi bien, la manifestation de la personnalité n'est pas un critère de la nouveauté du logiciel. Cette absence remet elle en cause l'hypothèse formulée à partir du droit des brevets d'invention et selon laquelle le dépôt, élément invariant, de la structure, est produit par la dialectique de l'objet et de la finalité de l'institution?

Il ne semble pas que la réponse doive être positive.

En matière de logiciels la finalité du législateur ou de l'auteur du projet de loi n'est pas identique à celle ayant dominé le droit de brevet.

Globalement, toutes ces institutions tendent vers une même fin, l'établissement d'un droit privatif sur un objet relevant de la catégorie de l'innovation. Mais des différences de degré existent quant à l'étendue de cette protection. En droit des brevets et des dessins et modèles, c'est tout l'objet revendiqué qui est protégé. En matière de logiciels, seule la forme de l'objet est couverte par le droit privatif.

L'exposé des motifs du projet de l'OMPI justifie le rejet du dépôt en reconnaissant que «les droits accordés sont moins étendus que ceux d'un breveté; ils ne protègent pas les notions qui sont à la base du logiciel et ne peuvent empêcher un tiers de créer indépendamment le même logiciel et de l'utiliser»²⁴.

Le faible degré de protection accordée au logiciel rend injustifiée l'exigence de dépôt. C'est bien toujours la même dialectique qui opère mais sur des données incomplètes et cela est criticable. Le projet de l'OMPI, pour écarter le dépôt, ne prend pas en considération deux motivations importantes de l'élaboration d'un droit sur le logiciel: l'incitation à la divulgation de l'innovation et la sécurité juridique.

Si la divulgation n'est pas organisée par un système plus ou moins proche du dépôt on peut craindre qu'en raison même de la faiblesse du droit projeté, la diffusion auprès du public ne s'opère pas alors que cette diffusion est l'un des motifs ayant guidé l'OMPI.

La sécurité juridique des auteurs de logiciel n'est pas assurée en l'absence de dépôt ou d'un processus équivalent car dans ce secteur si compétitif comment prouver l'origine et l'antériorité de l'innovation?

24. OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, précité p. 275.

Certains professionnels ont senti le danger de ce vide juridique et tentent, par l'usage de l'enveloppe Soleau déposée auprès d'un notaire, de prouver l'antériorité de leur création²⁵. D'autres, dans le même but ont créé une « Agence pour la protection des programmes »²⁶ auprès de qui les logiciels peuvent être déposés.

Cette lacune provient probablement d'une insuffisance d'analyse de l'objet du droit et d'une trop grande tendance à l'application du droit de la propriété littéraire et artistique aux logiciels. Le logiciel, à l'instar de l'invention industrielle, n'est pas écrit pour la seule satisfaction esthétique de l'esprit, il ne relève pas du domaine du beau, mais de l'utilitaire car il doit être utilisé de façon fonctionnelle. Protéger sa forme permet évidemment de sanctionner les copies serviles²⁷ mais le concept même de reproduction servile marque les limites de la protection ainsi assurée.

B. *Le contenu du droit*

27. Le contenu du droit réalise la finalité du législateur. Celle-ci prédomine nécessairement dans la détermination de ce contenu.

L'objet détermine toutefois le domaine d'application du droit. L'invention industrielle est protégée dans son entier mais dans les limites de sa définition. Le logiciel, au moins dans le projet de l'OMPI, est un objet de droit limité à la forme, à l'expression.

Le rôle de l'objet ne semble pas se borner à cette seule délimitation du champ d'application du droit. Dans certains cas l'objet est neutre quant à la détermination du contenu du droit.

Dans d'autres hypothèses l'objet exerce une influence sur ce contenu. Le caractère détachable ou non détachable de l'objet par rapport à la personnalité du sujet paraît être l'explication de cette différence.

1) *La neutralité de l'objet détachable de la personnalité du sujet*

28. Le contenu du droit de brevet a été précédemment analysé comme un invariant relatif déterminé par la seule finalité du législateur. Il s'agit, en France, d'un droit patrimonial comportant l'usage, la jouissance et la disposition de l'objet qui peut être cédé, loué, apporté en société... Il correspond parfaitement à l'archétype de la propriété étant observé toutefois que ce droit est limité dans le temps, qu'il n'est pas perpétuel.

25. Cf. C. et G. BERTIN, M. PINSON, *Les conditions de la protection du logiciel en France. Etudes et recherches*, AREPIT, mars 1913, p. 67. Cf. aussi R. VANDERPERRE, *La protection du logiciel*, «Revue de droit intellectuel», n° 10, octobre 1978, p. 285.

26. Cf. «Expertises», n° 47, janvier 1983.

27. TGI Paris, 14 juin 1983, in «Expertises», n° 53, juillet 1983.

Ce droit a été organisé de par la seule volonté du législateur en considération de ses seules motivations comme l'a démontré la comparaison avec le droit soviétique²⁸.

La cause du droit a donné lieu à une analyse qui a permis de reconnaître dans l'innovation un objet de droit, mais celui-ci a été défini dans sa nature de façon volontaire, par référence à un système de pensée, à une philosophie propre au législateur occidental qui l'a conduit à classer l'invention industrielle dans la catégorie des biens susceptibles d'appropriation privée.

La limitation dans le temps du droit conféré à l'inventeur procède elle aussi de la volonté du législateur, un monopole perpétuel étant parfaitement concevable. C'est la considération de l'intérêt de la collectivité qui l'a déterminé à limiter la durée du droit afin d'empêcher que le progrès technique ne soit entravé par une perpétuité des redevances.

29. Les mêmes observations peuvent être faites à propos du droit des dessins et modèles et du projet de l'OMPI relatif à la protection du logiciel dans lesquels le droit reconnu à l'auteur de l'objet protégé est conforme au standard de la propriété, ce droit étant patrimonial, comportant l'usus, le fructus et l'abusus, pouvant être transmis aux héritiers et comportant une limite d'exercice temporelle, l'objet revenant à la collectivité à l'échéance du terme.

30. Le législateur donne aux droits reconnus sur l'invention industrielle, les dessins et modèles, les logiciels, un contenu identique à celui qui existe sur les biens corporels, réserve étant faite du caractère temporaire attribué aux droits de propriété intellectuelle.

Ce traitement indifférencié provient de ce qu'une fois l'invention industrielle ou le logiciel créé, cet objet, certes produit par le travail intellectuel de l'auteur, peut avoir une vie économique indépendante de la personnalité de l'auteur. Une valeur économique a été créée mais dans laquelle le créateur n'a pas investi sa personnalité.

Le bien se détache de la personnalité de son créateur à l'instar d'un bien meuble corporel. L'objet devient neutre quant au contenu du droit qui peut être inspiré d'une catégorie juridique existante telle la propriété. Le législateur est d'ailleurs conduit à effectuer ce rapprochement par l'existence d'une « propriété embryonnaire »²⁹, préalable à toute protection spécifique sur les biens créés par l'esprit et fondée sur la possession légitime. Cette neutralité de l'objet disparaît en matière de propriété littéraire et artistique.

28. Cf. J.L. BILON, *Etude logique sur les éléments invariants d'une structure juridique automatisée*, précitée, pp. 66 et s.

29. Cf. P. CATALA, *La « propriété » de l'information*, 1983. A paraître dans le livre d'études offertes au professeur P. RAYNAUD, éd. DALLOZ.

2) L'influence de l'objet non détachable de la personnalité du sujet

31. Il faut se garder d'affirmer qu'en matière de droit de l'innovation seule la finalité du législateur détermine le contenu du droit. L'observation du droit de la propriété littéraire et artistique ne permet pas, en effet, les mêmes conclusions. L'analyse de la loi de 1957 démontre que deux droits ont été reconnus à l'auteur, l'un moral, l'autre patrimonial, le second étant subordonné au premier.

Le droit moral de l'auteur est constitué par le droit de divulgation, le droit de retrait, le droit au respect du nom et le droit au respect de l'oeuvre.

Ce droit est imprescriptible, inaliénable mais transmissible aux héritiers à charge pour eux d'assurer la défense du nom et celle de l'oeuvre et n'a que de lointains rapports avec le droit « moral » reconnu à l'inventeur et qui consiste pour lui à pouvoir faire mentionner son nom sur l'invention³⁰.

Le droit patrimonial est constitué essentiellement par le monopole d'exploitation réservé à l'auteur et qui s'articule en droit de représentation et en droit de reproduction. Ce droit est cessible, transmissible, limité dans le temps, et dès lors très proche du droit patrimonial de l'inventeur. L'auteur, au demeurant, bénéficie d'un droit de « suite » qui lui permet, en dépit de la cession de l'oeuvre, de prélever une dîme sur toute vente de cette oeuvre aux enchères publiques ou par un commerçant.

Ce droit est inaliénable mais transmissible et limité dans le temps et n'a pas d'équivalent dans le domaine de l'innovation.

On ne peut dès lors que constater la force avec laquelle l'objet du droit a déterminé le contenu même de ce droit. Il y a bien ici une finalité législative identique à celle qui a présidé à l'organisation du régime juridique de l'invention ou des dessins et modèles, mais le caractère particulier de l'objet du droit n'a pu être ignoré. Le but a été de reconnaître un droit privatif d'exploitation à l'auteur de l'oeuvre, mais cet objet de droit est tellement le reflet de la personnalité de celui qui l'a créé qu'outre le droit d'exploiter il a été nécessaire de protéger juridiquement la relation entre l'oeuvre et l'auteur qui, nonobstant sa cession, peut la modifier, interdire sa publication ou son altération. Derechef, la dialectique de l'objet et de la finalité se manifeste alors qu'on l'avait cru absente de la détermination du contenu du droit.

La nature particulière de l'objet du droit de propriété littéraire et artistique n'a pas modifié les invariants catégoriels résultant de l'institution d'un droit privatif patrimonial.

³⁰. Cf. P. MOUZON, *Propriété littéraire artistique et industrielle, ressemblances et différences*, « Gazette du Palais », 1976, doctrine, p. 150.

Elle a conduit à reconnaître à l'auteur un droit extra-patrimonial lié à sa personnalité.

32. Les hypothèses émises à partir de l'observation du droit des brevets d'invention et relatives au mode de production des éléments stables de la structure, se vérifient globalement dans tous les droits composant la propriété intellectuelle.

33. La cause de l'institution, revendication privative d'une innovation et la finalité du législateur, finalité juridique d'organisation d'un droit, se combinent en une dialectique permettant d'expliquer le choix de la définition de l'objet. Cette dialectique apparaît aussi comme une méthode de définition, véritable « construction » distincte du donné du réel. Elle permet, en outre, la désignation du sujet du droit établi.

34. Une fois l'objet et le sujet définis, le législateur, mû par sa motivation juridique, doit composer avec l'objet qu'il a lui-même désigné. L'objet juridique se substitue à la cause dans la dialectique qui l'oppose à la finalité et détermine la définition du régime de l'opposabilité et du contenu du droit. La nature particulière de l'objet exerce ainsi une influence qui individualise l'espèce au sein du genre en donnant à chaque subdivision de la propriété intellectuelle ses caractéristiques propres.