

Création numérique et propriété industrielle, vers la réconciliation ?

Par Olivier ITEANU

Avocat à la cour d'appel de Paris et chargé d'enseignement aux Universités de Paris I et XI en droit du numérique et de la donnée

Depuis cinquante ans, le droit d'auteur et le droit des brevets se livrent bataille pour s'accaparer un bien, source de nombreuses richesses : les créations numériques, auxquelles appartiennent notamment les logiciels. Longtemps, le droit d'auteur l'a emporté. Pourtant, les créations numériques sont des « œuvres » nécessitant souvent la mobilisation de nombreux ingénieurs et techniciens, mais aussi de lourds investissements ; nous sommes bien loin de l'image de l'auteur seul devant sa machine à écrire. Et, de fait, le rattachement des créations numériques au régime de la propriété littéraire et artistique a obligé le législateur et, par voie de conséquence, le juge à bien des contorsions et dérobades. Pendant ce temps, les récentes réformes apportées au droit des brevets donnent à ce dernier plus de souplesse et lui permet ainsi de retrouver une certaine attractivité. Retour sur une épopée juridique dont on attend encore le dénouement.

Les créations numériques n'ont pas toujours eu une relation apaisée avec la propriété industrielle, et plus particulièrement avec le droit des brevets. Par numérique, nous retiendrons la définition donnée par le Conseil d'État dans son étude annuelle sur le numérique et les droits fondamentaux de 2014. Le numérique y est défini comme « la représentation de l'information ou de grandeurs physiques (images, sons) par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1 »⁽¹⁾. Nous préférons le terme « numérique » à son anglicisme trop souvent utilisé de « digital », dont la racine est latine et sans rapport avec notre sujet⁽²⁾. En rattachant le terme de numérique à celui de création, nous l'associons à un élément de langage propre au droit d'auteur. Nous laissons ainsi à penser que l'innovation dans le domaine du numérique est tournée vers l'aventure solitaire que la propriété littéraire et artistique cherche à protéger et à valoriser. Pourtant, il y a bien longtemps que les créations numériques ne sont plus les aventures de « petits génies de l'informatique boutonneux » esseulés dans leur recoin avant d'être emportés par leur succès. Les créations numériques, en témoigne l'industrie du logiciel ou des jeux vidéos, mobilisent le plus souvent de nombreuses compétences, celles d'ingénieurs et de techniciens qui engendrent par leur mobilisation, avant diffusion, des investissements colossaux se chiffrant en millions, voire en dizaines de millions d'euros dépensés par des entreprises du secteur.

Nous traiterons dans le cadre de cet article de l'objet numérique « roi », le logiciel. Bien sûr, le logiciel n'est pas, loin s'en faut, la seule création numérique. La numérisation, c'est-à-dire l'appel aux technologies numériques, a transformé en 0 et 1 toutes les créations intellectuelles existantes : des compositions musicales jusqu'à l'œuvre cinématographique, en passant par l'œuvre littéraire. Cette révolution numérique touchant à des « œuvres culturelles », ne s'est pas faite sans difficultés. Avec l'arrivée d'Internet, l'une des premières affaires qui agita au milieu des années 1990, le landerneau du droit de la propriété intellectuelle, a été l'affaire du docteur Claude Gubler, du nom de l'ancien médecin du Président de la République, François Mitterrand. Le médecin a publié un ouvrage intitulé « Le grand secret » qui s'est vendu en librairie à plusieurs dizaines de milliers d'exemplaires en quelques heures seulement, avant d'être interdit par la justice et d'être, en dépit de cet interdit, largement piraté et diffusé sur Internet. Ce fut alors le choc de la découverte d'un outil, Internet, qui n'obéissait pas aux injonctions de la justice. Cachés derrière leurs écrans, les internautes, ceux qui animent ce Golem des temps modernes, ne craignaient plus les injonctions des autorités judiciaires. Mais cette question n'est pas de celle qui touche à la propriété intellectuelle. Elle touche à l'État de droit et à son efficacité, et on la retrouve au travers des atteintes à la vie privée, des paroles de « haine »⁽³⁾, jusqu'à la vente de

(1) Conseil d'État, « Étude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux », 9 septembre 2014.

(2) « Digitus », soit le doigt.

(3) Expression traduite de l'anglais "hate speech", qui s'est malheureusement imposée dans le débat français, quand notre droit de la presse n'avait pas besoin de ce nouvel anglicisme.

médicaments ou d'articles réglementés. De notre point de vue, le logiciel, en tant qu'objet, est bien à part et mérite à lui seul que l'on s'interroge sur sa relation à la propriété industrielle, ce que nous faisons ici.

Les législateurs des États avancés ont fait le choix, pour le logiciel, de la protection par le droit d'auteur

Certains font naître le logiciel en 1805, par référence à la machine programmable qui est mise au point par Joseph Marie Jacquard⁽⁴⁾ au début du XIX^e siècle. Il est vrai que cette machine combine les techniques des aiguilles et des cartes perforées notamment, qui rappellent les débuts de l'informatique moderne. Mais c'est plus sûrement dans les années 1950, au XX^e siècle, que l'on voit apparaître le logiciel assez proche des programmes que nous connaissons aujourd'hui. Ce petit objet immatériel naît au sein de calculateurs ou « *computers* », pour leur donner toutes sortes d'instructions. En 1954, IBM, qui répugnait à utiliser le mot « *calculateur* », trop réducteur à son goût, sollicita le Professeur Perret de la Faculté des lettres de Paris afin qu'il trouve un nouveau terme. Celui-ci proposa le terme d'« *ordinateur* », c'est-à-dire « *qui met de l'ordre dans le monde* ». L'IBM 701 a été le premier ordinateur à avoir été commercialisé dans le monde et le premier micro-ordinateur, l'ALTO, a été mis sur le marché par Xerox. Sur le plan du droit, c'est très récemment que le logiciel a rejoint le corpus des lois nationales, puis, plus tard, celui des textes communautaires en Europe. C'est ainsi que par une loi du 1^{er} juillet 1985, le Parlement français a hissé le logiciel au rang d'œuvre de l'esprit au même titre que l'œuvre littéraire ou artistique. Avec cette loi, le brevet a donc perdu la première manche. Tout naturellement, le ministère de tutelle du logiciel est alors le ministère de la Culture. C'est d'ailleurs son locataire de l'époque, Jack Lang, qui donne son nom à la loi qui l'intronise⁽⁵⁾. Il faut dire qu'il aurait été difficile à l'Europe et à la France de ne pas suivre l'exemple de la patrie de l'informatique, les États-Unis d'Amérique. C'est dès 1964 que le Copyright Office – et non le Patent Office – accepte le dépôt des logiciels en son sein pour leur donner à l'époque un titre de propriété et une date de création. En 1966, un tribunal du Texas punira d'ailleurs de cinq ans d'emprisonnement un employé de Texas instruments qui avait tenté de « *vendre* » 59 programmes sources appartenant à son employeur. C'est donc en toute logique que le législateur français en 1985, puis la Cour de cassation, en son Assemblée plénière, le 7 mars 1986, élevaient le logiciel au rang d'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. La plus haute juridiction française concluait dans un attendu particulièrement historique en ce sens : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir, par motifs adoptés, justement relevé que le caractère scientifique des programmes informatiques n'était pas un obstacle à leur protection par le droit d'auteur et exactement retenu qu'il y*

a lieu de voir dans l'organigramme la composition du logiciel, et dans les instructions rédigées, quelle qu'en soit la forme de fixation, son expression, la cour d'appel a ainsi fait ressortir que le programme d'ordinateur ne constitue pas une simple méthode, et que sa protection doit être examinée dans son ensemble... »⁽⁶⁾.

Mais un choix qui n'est pas sans poser problème et qui a nécessité de nombreuses contorsions

Le raisonnement des juges français tendait à faire une assimilation entre l'œuvre littéraire – le livre – et le logiciel. L'une et l'autre ont une composition protégée par le droit d'auteur : son plan pour le livre, et pour le logiciel, son « *organigramme* »⁽⁷⁾. L'une et l'autre ont une expression : une écriture en langage naturelle pour le livre, des « *instructions* » en langage informatique pour le logiciel. Cette approche se retrouve même dans le statut social et fiscal reconnu à l'auteur de logiciel, personne physique, l'un des plus avantageux du système français. Celui-ci se voit rattacher sur le plan social à la branche des écrivains depuis le début des années 1990⁽⁸⁾. Cependant, si l'on peut envisager une comparaison entre le logiciel et le livre au stade de leur écriture, car tous deux s'écrivent, ces deux créations ont des vies bien différentes au stade de leur diffusion et de leur exploitation. Ici, le logiciel se traite bien plus comme une vulgaire marchandise. Au sein du monde de l'entreprise, en droit comptable, on l'amortit comme une immobilisation ; la finance, quant à elle, le nantit pour donner du crédit⁽⁹⁾ à son créateur. Cette dichotomie entre une œuvre culturelle rattachée à la propriété littéraire et artistique, à la protection des auteurs, et un objet fortement économique, d'une grande valeur marchande, a contraint le législateur français au grand écart. En effet, le droit d'auteur français et même européen⁽¹⁰⁾, est tout entier tourné vers la protection de son créateur, l'auteur. Le droit d'auteur est surtout les droits de l'auteur. Pour l'auteur de logiciel, il aura fallu défigurer le droit d'auteur traditionnel pour l'adapter à cet environnement radicalement vénal. Le droit moral a ainsi été réduit à une peau de chagrin, pour l'essentiel le droit au nom, et c'est tout. Le principe d'une rémunération de l'auteur de logiciel proportionnelle aux recettes a été abandonné pour admettre le forfait. Enfin, la création d'un logiciel en entreprise ou dans le secteur public par des employés dans l'exercice de leur

(6) Cour de cassation, assemblée plénière du 7 mars 1986, 83-10.477, Arrêt Babolat.

(7) On pourrait dire son analyse fonctionnelle et sa traduction en langage informatique, son analyse organique.

(8) À l'époque gérée par l'Association pour la gestion de la sécurité sociale des auteurs (AGESSA), organisme paritaire ; une gestion désormais confiée à l'URSSAF. On a très peu de chiffres sur le nombre des auteurs de logiciels, personnes physiques, rattachés à ce régime. Sans doute pas plus de quelques dizaines.

(9) Le Code de la propriété intellectuelle prévoit des dispositions spécifiques pour le nantissement de logiciel dans une section 5 du chapitre II du titre II du Livre I^{er} sur le droit d'auteur, à l'article L. 132-34 : « *Sans préjudice des dispositions de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, le droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel défini à l'article L. 122-6 peut faire l'objet d'un nantissement...* ». On se trouve bien loin du livre.

(10) Du moins, continental.

(4) Inventeur du métier à tisser mécanique programmable.

(5) Loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, dite Loi Lang.

fonction ou ayant reçu des instructions pour le faire, se voit imposer par la loi⁽¹¹⁾ un mécanisme légal et automatique de dévolution des droits à leur employeur. Cette dévolution, un peu étrange, est prévue sans rémunération, mais ne dépossède pas l'employé de son statut d'auteur originel. De quoi être déboussolé... Des conditions qui font que le droit d'auteur appliqué au logiciel est très éloigné du droit commun de la propriété littéraire et artistique du continent européen. Il est plutôt une sorte de *copyright* à l'américaine qui ne veut pas dire son nom.

Et un choix qui n'a pas tout résolu

Cependant, si le législateur a bien compris qu'il était malaisé d'appliquer en l'état le droit d'auteur au logiciel, il n'a pas pu faire disparaître l'essence même de la propriété littéraire. En effet, deux éléments majeurs, qui constituent le logiciel, manquent à l'appel.

En premier lieu, il s'agit des fonctionnalités du logiciel. Celles-ci ne sont pas appropriables par le droit d'auteur. La jurisprudence le confirme de manière constante. Dès 1995, dans un jugement abondamment commenté, le Tribunal de grande instance de Paris avait exclu les fonctionnalités de la protection par le droit d'auteur⁽¹²⁾. Par un arrêt prononcé le 13 décembre 2005, la Cour de cassation, quant à elle, a, pour la première fois, exclu expressément les fonctionnalités des logiciels de la protection par le droit d'auteur : « Les fonctionnalités d'un logiciel (...) ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur »⁽¹³⁾. En réalité, cette décision n'était pas vraiment une surprise tant elle correspond à l'esprit du droit d'auteur français ainsi qu'à une jurisprudence continue depuis près de cinquante ans née des décisions rendues par des juridictions de niveau inférieur. Celle-ci ne protège que la forme des créations, mais ne statue pas sur le fond. Les fonctionnalités sont définies par la Cour de cassation comme la capacité à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé. La forme donnée à la tâche est protégée, mais la tâche en elle-même ne l'est pas.

Dans la décision que nous commentons ici, la Cour de cassation venait à la suite d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles qui tranchait un litige opposant la société Microsoft, venant aux droits d'une société de droit canadien, à des auteurs de logiciels qui revendiquaient la reprise dans un logiciel édité par cette société canadienne de huit fonctionnalités extraites de leur logiciel⁽¹⁴⁾. La reprise sans droits des fonctionnalités était d'ailleurs confirmée par un expert. De là, la conséquence était simple : soit les fonctionnalités étaient par principe protégées par le droit d'auteur et cette reprise sans droits était une contrefaçon ; soit les fonctionnalités étaient exclues de la protection par le droit d'auteur et il n'y avait dès lors pas de contrefaçon. C'est la seconde analyse que la cour d'appel de Versailles a choisie et la Cour de cassation lui a donné raison.

Le second élément manquant est constitué des algorithmes. Ceux-ci sont également en dehors du monopole légal conféré par le droit d'auteur.

Dans la directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, qui sera la première norme communautaire à harmoniser le droit du logiciel dans tous les États membres, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'article 1§2 dispose que « Les idées et principes qui sont à la base de quel qu'élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive ». De plus, le 14^{ème} considérant de la directive est encore plus explicite lorsqu'il précise que « En accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive ». La jurisprudence a suivi sans difficulté ces dispositions.

L'éternel retour du droit des brevets

Lorsqu'il s'est agi de décider entre le droit d'auteur et le droit des brevets, quelle technique viendrait protéger le logiciel, le brevet a perdu toutes les batailles, du moins en apparence. Ces batailles ont pris place depuis plus de cinquante ans. Tout d'abord quand il a fallu faire le choix de la technique juridique qui viendrait protéger et donc valoriser ce nouvel objet juridique, dans les années 1980, puis lorsque le droit communautaire s'en est mêlé dans les années 1990, et plus encore lorsque l'Internet s'est diffusé dans le grand public à la fin des années 1990 et au début des années 2000. L'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose aujourd'hui que « ne sont pas considérées comme des inventions (...), c) les plans, principes, méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ». Pourtant, la règle posée n'est pas aussi simple.

Tout d'abord, le brevet de procédé a largement admis en son sein, et comme moyen, le logiciel, sans doute plus encore aux États-Unis d'Amérique qu'en Europe. Ensuite, parce que seul le brevet est en position de combler les derniers vides, en particulier celui du cas des fonctionnalités non appropriables à ce jour. Dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles que nous rappelions ci-avant et qui a donné lieu à l'arrêt de confirmation de la Cour de cassation, les juges le rappelaient comme un regret : « Si elles [les fonctionnalités] avaient le caractère innovant (elles) pouvaient recevoir une protection par le moyen du brevet »⁽¹⁵⁾. Car oui, sous réserve de respecter les trois conditions posées à la brevetabilité, le brevet pourrait venir indirectement protéger les fonctionnalités. Alors, pourquoi ce qui se pratique n'aurait pas de traduction légale ? D'autant que l'absence du droit des brevets signifie également l'absence de titres pour le logiciel.

(11) Article L. 113-9 du Code de la propriété Intellectuelle.

(12) TGI de Paris, 4 octobre 1995 – Expertises, novembre 1995, p. 403.

(13) 1^{ère} chambre civile, Pourvoi n°03 – 21154, 13 décembre 2005.

(14) Cour d'appel de Versailles 12^e chambre, 9 octobre 2003 – Expertises, janvier 2004, p. 31.

(15) Voir *supra*.

Les dépôts existent, mais ils ne sont que probatoires : c'est-à-dire répondant au besoin d'une preuve d'un fait juridique, à savoir la date de revendication première ; un effet juridique donc très limité. Les critiques adressées au droit des brevets tenaient à sa complexité, à son coût et à la longueur des procédures, tous trois présentés comme handicapants pour l'innovation. Les choses changent aujourd'hui. De nombreux efforts ont été faits pour répondre à ces critiques. Récemment encore, un droit d'opposition est né auprès de l'INPI sur le droit des brevets, permettant ainsi d'éviter la voie judiciaire souvent lente et coûteuse. Enfin, avec l'arrivée du brevet unitaire européen, Paris et la France vont devenir des centres importants de ce nouvel outil.

Paris a en effet été choisi pour accueillir le Tribunal de première instance de la future Juridiction unifiée du brevet (JUB). Ne serait-il pas alors temps d'une ouverture vers le droit des brevets ? Depuis l'origine du droit de l'informatique dans les années 1980, puis l'apparition d'Internet dans les années 1990, le secteur informatique a largement mué et les questions et les problèmes soulevés à ces époques n'ont plus cours aujourd'hui. Cela nécessite sans doute une réévaluation de l'applicabilité du droit des brevets à la création numérique reine qu'est le logiciel, un sujet trop vite mis de côté.