VARIATIONS AUTOUR DE LA PROTECTION DU LOGICIEL (*)

Gaz. Pal. du 6 juillet 1982

La protection du logiciel est une de ces belles questions d'autant plus attrayantes qu'elles paraissent insolubles, de même que l'ardeur du vicomte de Valmont était renforcée en présence d'une beauté réputée pour sa vertu.

La meilleure protection résultera sans doute, dans l'avenir, de quelque perfectionnement technique ; déjà, les codes cryptographiques donnent, à ce point de vue, d'heureux résultats *erga omnes*.

En revanche, les protections juridiques, déjà envisagées ou envisageables, pèchent toujours par le fait qu'elles n'opèrent que dans un cercle limité. Ainsi, une *clause du contrat* par lequel le producteur d'un programme le transmet à un tiers précisera les droits de celui-ci, l'utilisation qu'il peut en faire, le secret qu'il doit conserver sur le savoir-faire qui lui a été communiqué, etc. Mais lui seul est tenu et non les tiers. La protection par le *droit de propriété* (droit d'auteur ou droit des brevets), qui a souvent retenu l'attention de la doctrine (1), n'est guère plus satisfaisante.

La *protection par le brevet* est exclue de *lege* (2). La protection, théoriquement possible par le *droit d'auteur*, est en réalité illusoire (le monopole ne porte que sur la *reproduction* et non sur l'utilisation ; une *modification de la forme* permet d'échapper au grief de contrefaçon ; il n'est pas certain qu'une *personne morale* puisse être considérée comme auteur). Au demeurant, même si ces obstacles étaient levés, le remède serait faible. De nombreux programmes resteraient hors protection, faute de remplir les conditions de la brevetabilité (caractère industriel, nouveau, inventif) ou d'être originaux au sens de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur.

Vouloir créer *ex nihilo* un nouveau régime, calqué sur celui du droit de propriété, à l'instar du droit des brevets et du droit d'auteur, semble utopique et inopportun. La voie est sans issue dans cette direction, car le logiciel, fondamentalement, est un savoir-faire, c'est-à-dire une connaissance, lâchons le mot : des idées, par essence inappropriables. De plus, il sied de comprendre les désirs légitimes des producteurs de programme : ce qu'ils entendent avant tout, c'est *défendre une valeur économique nouvelle qui leur est propre*, même si celle-ci ne remplit pas les exigences de caractère industriel (pas de brevet) ou d'originalité (L. de 1957 inapplicable).

Dès lors, pour assurer une réelle protection au logiciel, il est vain de chercher à créer je ne sais quel droit de propriété lié à un effort créateur ou inventif. Il importe de jeter les yeux dans une autre direction (2 bis). Quittons le XIX^e siècle et ses préoccupations dominantes (protéger la propriété, droit « inviolable et sacré ») pour épouser notre temps qui a vu naître le droit économique et se développer le droit de la concurrence. Dans cette optique, le dessein est de tenter de protéger l'effort économique, de condamner le préjudice causé par le détournement de cet effort économique. La démarche, à la fois plus réaliste et plus actuelle, est donc toute différente de celle qui est traditionnellement suivie (qui s'attache toujours à l'effort créateur ou inventif).

Sans paradoxe, c'est cependant dans une des plus anciennes branches du droit que se trouve la clé de l'énigme, à condition de l'observer d'un regard ingénu, de façon à lui faire prendre en compte des considérations économiques. C'est la responsabilité civile, tout bonnement, qui fait l'objet de mes soins. Amie fidèle des victimes désespérées, la responsabilité civile est un remède universel contre les lacunes du droit et les défaillances du législateur. Que des modifications surgissent dans les données, par exemple l'apparition et le développement de l'informatique, le mal n'est pas trop redoutable ! La responsabilité civile, ample vêtement, s'adaptera vaille que vaille aux circonstances inédites.

- 1 -

Or, à examiner la jurisprudence, c'est-à-dire le droit positif, il appert que deux sortes d'actes sont, d'ores et déjà, considérés comme engageant la responsabilité de leurs auteurs, dans des situations de fait fort comparables à l'usurpation d'un programme, de sorte qu'il est tentant de transposer cette jurisprudence d'une situation à l'autre.

A. — La première est le *repiquage de disques* (ou de cassettes). Un producteur réalise un disque qu'il lance sur le marché. Un concurrent repique le disque, qu'il propose à la clientèle, généralement avec une pochette différente (ce qui écarte le risque de confusion) ou sous forme de cassette. Il économise ainsi tout le travail artistique, réalisé par autrui, dont il dispose sans frais, ce qui lui permet de proposer son produit moins cher. Les juges, de façon constante, condamnent ces actes (3). La jurisprudence regarde le repiquage comme un

acte caractérisé de concurrence déloyale (4).

Deux caractères sont à relever dans cette jurisprudence : — *Elle protège le fabricant, celui qui a élaboré une valeur économique*, indépendamment du point de savoir s'il existe une œuvre protégée au sens de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur. (L'œuvre enregistrée peut être une œuvre protégée ; mais le simple enregistrement n'est pas une œuvre en droit français). — D'autre part, *elle joue même s'il n'y a pas de risque de confusion entre les deux produits* lancés sur le marché. Il importe seulement de constater qu'un détournement fautif de clientèle a eu lieu entre concurrents (5).

Plus récemment, un autre acte a été réprimé par les Tribunaux : *l'utilisation sans droit du travail intellectuel d'autrui*. Je citerai deux espèces caractéristiques. Dans la première, une entreprise prend connaissance, au cours de pourparlers, d'indications techniques, non encore brevetées, fournies par son partenaire, puis, alors que les discussions n'ont point abouti à la conclusion d'un contrat, les met en œuvre pour son propre compte. Elle a été condamnée pour concurrence déloyale (6).

L'arrêt comporte un attendu de principe remarquable : « *L'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif* » (la même formule se retrouve notamment dans Cass. com. 18 janvier 1982, *cit.*). Voici la seconde affaire annoncée : Une société X avait commandé à une société spécialisée Y l'étude d'un réducteur de vitesse, qui devait tenir compte de certaines contraintes techniques. Les contraintes furent surmontées ; l'étude fut effectuée de façon satisfaisante et remise, avec les plans, à la société X. Celle-ci confia par la suite plans et études à une tierce société, afin qu'elle fabriquat les produits. La Cour de Rouen condamna la société X pour avoir commis une faute délictuelle. Laquelle ? Avoir utilisé le fruit des recherches d'autrui, recherches qui avaient nécessité la mise en œuvre de certaines techniques (7).

Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. 1^o *Il protège une valeur économique créée par une entreprise* : il pose en effet le principe qu'une valeur économique, fruit d'un savoir-faire et d'un travail, ne doit pas pouvoir être utilisée dans n'importe quelle condition par qui-

doctrine

conque. 2° La protection fut accordée à une société qui n'était pas concurrente de l'auteur de l'acte incriminé (elle était son sous-traitant). 3° Enfin, c'est la première fois que protection est accordée (par l'art. 1382) en l'absence d'un risque de confusion à propos d'une œuvre non protégée par un droit privatif.

B. — Au fond, ces deux jurisprudences, sur le repiquage des disques et sur l'usurpation du travail intellectuel d'autrui, témoignent de ce que le juge éprouve le besoin de rétablir l'ordre et de condamner l'auteur de l'acte incriminé, chaque fois qu'il constate que la situation est profondément injuste. L'idée affleure que ces deux jurisprudences pourraient servir de modèle aux Tribunaux pour protéger les logiciels.

Qui ne voit la similitude qui existe entre le repiquage d'un disque et le pillage d'un logiciel (... d'une disquette) et entre l'utilisation sans droit de l'effort intellectuel d'autrui et l'usurpation d'un programme ? Aussi, en restant pour le moment très pragmatique, la protection des logiciels semble couler de source par une transposition de la jurisprudence qui a été brièvement résumée. Je ne vois pas quels arguments pourraient être opposés là contre. Cette conviction affichée, assez rassurante, le lecteur me passera la fantaisie de m'évader quelque peu vers des terres plus théoriques qui, pour un universitaire, restent toujours attrayantes, surtout lorsqu'elles concourent à renforcer des solutions réalistes dont l'intérêt pratique est considérable.

— II —

Deux séries de réflexions sont suscitées par cette jurisprudence. La première porte sur le fondement qui pourrait être assigné à l'action contre l'usurpateur du logiciel ; la seconde a trait à la notion de préjudice.

A. — Il a déjà été indiqué que la jurisprudence qualifie expressément le repiquage de disque d'acte de concurrence déloyale. Nombreux sont les auteurs qui, à propos de la protection des logiciels, ont songé à la concurrence déloyale tout en notant les limites de la théorie, à savoir que : 1° L'action en concurrence déloyale ne viserait que l'appropriation déloyale du logiciel (l'emprunt de moyens déloyaux pour connaître le savoir-faire) et non son exploitation par autrui. Cette vue me paraît excessive : l'usage illégitime d'une connaissance est tout autant condamnable que son appréhension illégitime (8). 2° La concurrence déloyale ne pourrait s'appliquer qu'entre des concurrents. Or, souvent, l'usurpateur d'un logiciel n'est concurrent ni de son producteur, ni de son distributeur légitime. Tout en reconnaissant que quelques arrêts peuvent être cités en sens contraire, l'argument est de poids. L'action en concurrence déloyale stricto sensu, en effet, est qualifiée aux parties exerçant des activités similaires rivales, à la conquête de la clientèle pour des produits et services semblables ou similaires. Force est donc de limiter la concurrence déloyale

stricto sensu pour sa fille puinée, la jeune théorie des agissements parasitaires (sans qu'il y ait lieu de distinguer la concurrence déloyale de la concurrence parasitaire, la première impliquant la recherche d'une confusion ce qui ne serait pas le cas dans la seconde. La distinction me semble compliquer inutilement la matière. Le détournement fautif de clientèle, entre concurrents, suffit à justifier une condamnation, même s'il n'y a pas de confusion créée : Cass. com. 20 février 1980 (Bull. cass. IV, n° 89).

La théorie des agissements parasitaires permet de protéger au-delà des rapports concurrentiels. Elle a été imaginée, il y a une vingtaine d'années, pour protéger ceux qui ont une réputation, un prestige, qu'un tiers cherche à s'accaparer (9). La notoriété fait en quelque sorte éclater les anciens cadres juridiques, soudain trop étroits, parce que, dans le monde contemporain, la notoriété a en soi, est en soi, une valeur économique. Il serait injuste de laisser les tiers s'emparer. Les titulaires de marques, noms commerciaux, enseignes, appellations d'origine, disposent désormais d'une arme défensive contre les usurpateurs qui ne sont pas des concurrents (complétant l'arsenal juridique à leur disposition contre les concurrents), et en l'absence d'un risque de confusion.

La théorie a connu un vif succès en doctrine et en jurisprudence (10). Elle fait partie du droit positif, même si elle demeure encore quelque peu méconnue du grand public (des juristes) et même si quelques esprits, rétifs aux nouveautés, refusent d'en prendre conscience. Ce qui est intéressant pour le présent débat, c'est de comprendre pourquoi on en est venu à protéger la réputation, le renom d'un signe, en dehors de tout risque de confusion et en l'absence même de toute concurrence entre les parties. Deux raisons peuvent être avancées. 1° Parce que la notoriété est le résultat d'un savoir-faire et d'un travail persévérant ; elle ne tombe pas du ciel. 2° Parce que la notoriété est une valeur économique, appréciable en argent ; elle a un prix ; elle fait l'objet de transactions commerciales. Voici qu'apparaît, par ces deux raisons, l'analogie avec la question qui est agitée ici. Un logiciel est lui aussi le fruit d'un savoir-faire et d'un travail ; il a lui aussi une valeur monétaire, marchande. Cette similitude des situations (non parva similitudo) me conduit à penser qu'il conviendrait d'élargir le concept d'agissements parasitaires.

Jusqu'à maintenant, il a été compris comme l'utilisation sans droit et à titre intéressé (dans une activité lucrative) de la réputation d'autrui. Je serai tenté de dire qu'il y a agissement parasitaire, dans un sens plus compréhensif, chaque fois que quelqu'un utilise, de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif (dont il s'agit, souvent, de savoir). Cela qui est de la sorte, limite le champ de la concurrence

détournant la clientèle et contrevient aux usages du commerce (11). En définitive, un affinement de la responsabilité civile conduit à suggérer un principe général nouveau, qui se trouve comme en suspension dans notre droit, et qui pourrait être libellé de la sorte :

« Quiconque utilise à titre intéressé et sans droit la création ou le travail propre d'autrui, concurrent ou non, ayant une valeur économique (non protégée par un droit privatif spécifique), commet une faute à l'égard du titulaire de cette valeur. Celui-ci dispose d'une action en vue de faire cesser le trouble commercial causé et, le cas échéant, d'obtenir réparation du préjudice subi ».

Voilà l'idéal, vers lequel je souhaite que se dirige hardiment la jurisprudence. Quoi qu'il en soit de ces spéculations intellectuelles, il est indéniable que, dans l'état présent des choses, notre droit positif condamne le fait de causer un préjudice à autrui en utilisant le travail propre de celui-ci. La solution, admise depuis longtemps à l'encontre d'un concurrent, a été récemment et très heureusement étendue en dehors des rapports de concurrence (cf. *supra*). Dans ces conditions, en retenant ce parti de droit positif ou en adoptant la proposition théorique qui a été émise, le logiciel est sans conteste protégé (mais aussi toutes sortes d'autres valeurs économiques connues aujourd'hui ou encore inconnues). Il l'est bel et bien : en effet, peu importe que le pilleur ne soit pas un concurrent ; peu importe encore qu'il ait procédé à des modifications telles que les deux logiciels soient très différents (écartant le risque de la confusion). Enfin, en attendant une *Lex informatica* uniforme, ce fondement pourrait servir de base à des recommandations d'organismes internationaux (O.C.D.E., C.E.E.), étant donné que de nombreux pays connaissent des dispositions comparables à celles des art. 1382 et 1383 du Code civil. Ainsi, la question de la protection du logiciel, insoluble si l'on vise trop haut (droit de propriété), se pare de simplicité si l'on redescend vers la voie modeste (rudimentaire) de la responsabilité civile.

La protection a cependant ses limites, qu'il serait malhonnête de cacher. Lorsque l'utilisateur a acquis régulièrement le programme, dont il a une possession licite et paisible, il ne saurait être considéré comme fautif et le producteur n'a nul moyen de l'empêcher de continuer à s'en servir, sauf à dénaturer complètement les concepts. Mais la bonne foi de l'utilisateur doit être certaine. Ainsi, l'utilisateur ne pourra pas prétendre à l'innocence lorsque le programme lui aura été remis par quelqu'un que la rumeur publique désigne comme un pilleur. Il est de connaissance publique que certaines officines spécialisées font profession de piller des programmes qu'elles proposent ensuite à la clientèle.

Quant à la preuve de l'antériorité de tel programme par rapport à tel autre, elle est liée à l'apport des données

de déposer le logiciel chez un officier ministériel (notaire, huissier) ou à l'I.N.P.I. (enveloppe Soleau).

B. — Parler de responsabilité civile oblige à traiter du dommage. J'ai été volontairement discret sur cet élément. Il vient seulement d'y être fait allusion dans le principe général proposé. Il y est très classiquement indiqué que la victime pourra demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, ce qui ne mérite pas de commentaire. S'il est néanmoins nécessaire de s'arrêter sur le préjudice, c'est parce que plusieurs auteurs ont affirmé que la concurrence déloyale serait d'un piètre secours, car elle suppose l'existence d'un dommage avéré et qu'il arrive fréquemment, à propos des pillages de programmes, qu'il soit difficile d'établir celui-ci. Voici trois arguments en sens opposé.

En premier lieu, il importe de ne pas perdre de vue qu'est indemnisable le préjudice futur lorsqu'il est virtuel, c'est-à-dire quand il apparaît comme la prolongation directe et probable d'un état de chose actuel. La perte d'une chance entre dans cette catégorie. Dans certaines occasions, le pillage d'un logiciel engendre la perte de la chance de le transmettre à de nouveaux clients. En second lieu, chaque fois qu'un pillage intervient, le bien pillé, en se répandant, est gâché, affaibli, et perd donc de sa valeur. Dès lors, je ne suis pas loin de croire qu'il y a nécessairement un préjudice, par la force des choses. Enfin, la lumière qui est traditionnellement jetée sur le préjudice occulte une donnée fondamentale et de bon sens de la responsabilité civile. Rétablissons la vérité.

Le dessein primordial de cette discipline n'est pas tant la réparation du préjudice passé ou du préjudice futur virtuel mais, plus radicalement, de mettre un terme aux actes contraires au droit, ce qui consiste à supprimer la situation illicite (12). Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une réparation puisque la mesure n'opère pas sur la matière du préjudice mais sur sa cause. Elle tend à la sauvegarde, pour l'avenir, du droit ou de l'intérêt violé, en supprimant l'état de fait dont la perpétuation provoquerait un préjudice. Voici quelques applications concrètes.

La victime d'actes de concurrence déloyale est en droit d'obtenir des mesures propres à « mettre fin aux troubles causés par les agissements de concurrence déloyale » selon les termes d'un arrêt qui n'a rien d'original (13), même s'il n'y a pas eu détournement de clientèle, donc pas de préjudice (cf. 14).

— Qui souffre d'un inconvénient de voisinage sollicitera, outre la réparation de son préjudice, l'exécution de mesures idoines, destinées à faire cesser la situation dommageable (15).

— La victime d'un préjudice causé par l'inobservation des dispositions du Code de l'urbanisme obtiendra la mise en conformité de l'immeuble litigieux : Cass. 3^e civ. 7 juin 1979 (16). L'arrêt pose de façon catégorique le principe que la victime a le droit d'obtenir la suppression de la situation illicite.

— Qui souffre du dépôt abusif, opéré par un tiers, d'une marque qu'il avait le projet de déposer lui-même, pourra demander la radiation de la marque (17).

— Complétons le florilège : *Celui qui, en pillant le travail d'autrui, représentant une valeur économique, contrevient aux usages professionnels et risque de désorganiser le marché (de détourner la clientèle), doit être sommé de renoncer à ses agissements*. Il est de toute nécessité de faire « cesser le trouble » commercial, et de le faire cesser sur le champs, sans attendre que naisse un dommage, pour éviter que celui-ci apparaisse (cf. Cass. com. 24 mars 1981 (18) : le juge des référés doit, même s'il existe des contestations sérieuses, prescrire « les mesures conservatoires destinées à prévenir un dommage imminent pouvant résulter de la situation dont il est saisi »), prenne corps ou s'accroisse. Tout acte illicite, contraire aux usages des affaires, appelle une sanction. Au minimum, elle se traduit par l'interdiction de continuer à se conduire en pilleur, repiquer et parasite.

*
*
*

Certains penseront que la mariée est trop belle, que la protection est excessive ! L'objection n'est pas fondée : dans certains cas, le pillage ne pourra pas être interdit en justice parce que l'agent, par son acte, ne causera pas de trouble commercial, ne désorganisera pas le marché, ne détournera pas de clientèle. Il en sera notamment de la sorte lorsque l'utilisation de la valeur économique d'autrui n'aura pas lieu à titre intéressé ou lorsqu'elle interviendra pour l'usage individuel du parasite. De même, l'utilisation du travail d'autrui restera licite lorsque l'utilisateur ne pourra pas être considéré comme fautif, ayant reçu de bonne foi le logiciel d'un usurpateur non apparent (cf. *supra*).

Au demeurant, l'accent mis sur la protection du logiciel, donc sur les intérêts du producteur ou de l'utilisateur légitime du programme ne doit pas conduire à négliger l'intérêt général. Celui-ci veut que les programmes de qualité ne soient pas gardés en exclusivité par quelques sachants qui s'en réserveraient jalousement le bénéfice. Aussi, dans cette optique, il ne serait pas déraison-

nable de penser que certaines conditions, en matière de licence obligatoire.

Mai 1982.

Philippe LE TOURNEAU,

Professeur à l'Université de Paris XII

(*) Communication présentée aux 2^e Entretiens de droit de l'informatique de Nanterre, 11-12 mai 1982.

(1) V. notamment, A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, 1975 ; La protection des programmes (Rev. juris. com. 1979.478). X. Desjeux, Le droit d'auteur dans la vie industrielle (R.I.D.A. juillet 1975, p. 125 et s.). X. Linant de Bellefonds, L'informatique et le droit, 1981.

(2 bis) 6, 2^e, c. L. 2 janvier 1968, modifiée par la loi du 13 juillet 1978. Une invention brevetable peut cependant mettre en œuvre des programmes d'ordinateur au cours de certaines étapes du procédé revendiqué : Paris 15 juin 1981, Schlumberger (P.I.B.D. 1981.3.175).

(2 bis) Voyez déjà, dans le sens de ce qui va suivre, les remarquables et originales analyses de Me Xavier Desjeux, in « Quelle protection juridique pour le modèle fonctionnel ? (le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise) », Gaz. Pal. 1981.2, doct. p. 297).

(3) Ex. : Paris 5, mai 1969 (J.C.P. 1970.16383, note Plaisant) ; 6 octobre 1978 (R.I.D.A. avril 1980, p. 165) ; Trib. gr. inst. Paris 19 mars 1980 (Rev. trim. dr. com. 1980.348, obs. Françon) ; Cass. com. 6 mai 1981 (Bull. cass. IV, n° 211). Comp. : Cass. com. 18 janvier 1982 (J.C.P. 1982.IV.123), relatif au « repiquage » d'un livre du domaine public.

(4) Cf. Desbois, Le droit d'auteur en France, n°188 — Adde Colombat, Propriété littéraire et artistique, 2^e éd., n° 118 ; Plaisant, J. Cl., Propriété littéraire et artistique, fasc. 25.

(5) V. pour le rappel de ces principes en dehors du repiquage : Cass. com. 20 février 1980 (Bull. cass. IV, n° 89).

(6) Les chantiers modernes (Bull. cass. IV, n° 184).

(7) 13 janvier 1981, P.I.B.D. 1981.3.62, statuant sur renvoi de Cass. com. 3 octobre 1978 (Bull. cass. IV, n° 207) à ne pas confondre avec l'arrêt Les chantiers modernes, cité, du même jour. Sur l'arrêt de Rouen, v. X. Desjeux, Logiciel : la jurisprudence fait un pas en avant, Le Monde informatique, 13 avril 1981.

(8) Cf. par ex. Rouen 13 janvier 1981, cité V. dans le même sens, R. Fabre, La réservation du (savoir-faire) par le droit de la responsabilité, in Actualités du droit de l'entreprise, t. 7, p. 69 et s.

(9) Y. Saint-Gal, Marques de fabrique, 4^e éd., W11.

(10) V. Le Tourneau, Les agissements parasitaires, Répertoire Commis. (Journ. not., mars 1982, p. 38-39).

(11) Comp. l'opinion exprimée par M. Xavier Desjeux, Quelle protection juridique pour le modèle « fonctionnel » ? (Gaz. Pal. 1981.1, doct. p. 297, spécial p. 300).

(12) Cf. M.-E. Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, 1974, p. 198 et s.

(13) Cass. com. 28 avril 1980 (Bull. cass. IV, n° 166).

(14) Cass. com. 19 janvier 1981 (Bull. cass. IV, n° 33, sol. impl.).

(15) Ex. : Cass. 3^e civ. 12 février 1974 (J.C.P. 1975.18016).

(16) J.C.P. 1980.19415, note J. Ghestin.

(17) Ex. : Orléans 14 janvier 1982 (P.I.B.D. 1982.3.103).

(18) Cass. com. 24 mars 1981 (Bull. cass. 1981.4.161).