

LE "DÉFI" DU DROIT DE L'INFORMATIQUE

Michel VIVANT

SOMMAIRE: I. *Introduction*. II. *La mesure du défi*. 1. *Les apparences*. A. *Apparences et discours*. B. *Apparences et savoir*. 2. *La réalité*. III. *Réponses au défi*. 1. *Une maîtrise du droit commun*. 2. *Une réflexion sur l'immatériel*. A. *Une remise en cause des idées reçues*. B. *Les contraintes de la société internationale*. IV. *Conclusion*.

I. INTRODUCTION

Ce titre: "Le défi du droit de l'informatique" (repris d'une étude parallèle en langue anglaise: *The challenge of computer law*), est en soi déjà un programme et, peut-être, un parti-pris.

Il laisse effectivement attendre qu'il y a un défi du droit de l'informatique, autrement dit que ce droit n'est pas neutre mais, au contraire, et bien loin de là, qu'il provoque (par nature? nécessairement?) à la réflexion. Dès l'instant où, à travers le mot défi, avec ou sans référence à Toynbee, l'association *challenge and response* est inévitable, ce titre invite aussi à considérer que le droit de l'informatique suscite des réponses spécifiques ou, au moins, conduit à s'interroger sur la nécessité de pareilles réponses.

En vérité, les deux questions sont intimement liées d'un point de vue pratique. La recherche de "pistes" nouvelles pour résoudre telle ou telle difficulté concrète a été et demeure attachée à la perception qu'ont pu avoir des choses ceux qui ont été confrontés sur le terrain, en tant que juristes, à l'apparition puis à l'éclatement du phénomène informatique dans nos sociétés. Mais précisément cette perception étant souvent profondément subjective, il paraît bien indispensable de procéder à la dissociation proposée, ne serait-ce que pour, la mesure du défi ayant été prise (I), pouvoir apprécier quelles réponses peuvent lui être apportées de manière pertinente (II).

II. LA MESURE DU DÉFI

A en croire une certaine littérature, la spécificité de l'informatique serait telle qu'il n'y aurait guère d'autre voie que d'imaginer des solutions juridiques propres qui n'auraient que faire de l'existant juridique. Et ceci qu'il s'agisse de la protection de ces créations nouvelles qu'a suscitées l'informatique (logiciels, systèmes-experts, banques de données,...), des contrats, légers, portant sur ces biens ou, plus lourds, tendant par exemple à une informatisation d'entreprise, ou encore de la criminalité dite informatique... Le propos est évidemment commode car il permet de couvrir les plus étranges constructions du sceau de la raison et de taxer d'obscurantisme quiconque n'adhère pas au présupposé que, l'informatique étant ce qu'elle est, il est archaïque de se référer encore ici à tel précédent, là à telle disposition écrite.

Il faut pourtant, si l'on veut sérieusement prendre la mesure de ce que peut être réellement le défi d'un éventuel droit de l'informatique, oser rappeler qu'un discours, aussi objectivé soit-il en apparence, est toujours tenu d'un certain point de vue. Ce qui permet, dans une démarche de libre recherche, de ne pas s'arrêter aux seules idées reçues mais, au contraire, ces "scories" ainsi laissées de côté, d'appréhender —de tenter d'appréhender— quel défi l'informatique peut véritablement constituer pour le droit. Cela seul nous semble permettre de donner le pas au réel (2) sur des apparences trop souvent trompeuses (1).

1. *Les apparences*

Apparences d'originalité? L'idée choquera sans doute. Pourtant, à ne pas travestir notre propos, cela ne devrait pas être. Il ne s'agit pas de nier que la matière ait son originalité mais seulement de mettre en lumière, sur quelques exemples que cette originalité n'est pas toujours celle que l'on croit.

A un examen dépourvu de complaisance, il apparaît, en effet, que certaines questions ne se sont posées ou ne sont posées d'une certaine manière que parce qu'on l'a voulu ainsi (A), que d'autres l'ont été essentiellement pour la raison que ceux qui s'y sont trouvés confrontés n'avaient manifestement pas le "background" juridique requis pour voir que la difficulté était mineure et dans tel ou tel autre contexte depuis fort longtemps résolue (B).

A. Apparences et discours

Nous avons écrit par ailleurs que le droit de l'informatique "ne peut se faire sur le seul discours du responsable du service juridique d'une entreprise qui crée ou diffuse du logiciel, surtout si ce discours ne doit avoir du droit que le langage mais non le raisonnement".¹ Ceci peut paraître sévère mais nous semble pourtant peu discutable. Au vrai, la remarque faite doit dépasser le cas du seul juriste d'entreprise (de telle entreprise en tout cas, le portrait brossé n'a heureusement pas valeur d'archétype).

Une spécificité de l'informatique (dont on ne saurait douter, celle-ci...) est qu'elle a été choisie par certains, dans l'entreprise mais aussi hors entreprise, comme instrument d'une carrière. C'est, au demeurant, une chose pleinement légitime. Mais le risque est que, s'il n'est plus alors *a priori* question de défense d'intérêts déterminés, il reste qu'il est bien plus profitable, d'un simple point de vue personnel, d'accentuer le trait de l'originalité pour se désigner à chacun comme le spécialiste incontournable. Que serait le sorcier si l'on ne croyait aux esprits?

Veut-on des exemples? Ceux-ci pourraient être fournis à profusion. Nous en retiendrons trois ici.

a) Le premier concerne une question désormais classique celle de la protection des logiciels. Chacun s'accorde aujourd'hui à considérer qu'une telle protection est une nécessité et nous souscrivons volontiers à cette opinion. Mais, d'un côté, le recours au brevet fut écarté, voici approximativement une vingtaine d'années, pour des raisons strictement politiques et non point juridiques² et, d'un autre, le recours au droit d'auteur devenait ainsi un passage obligé, quand, plus tardivement, les esprits allaient abandonner leurs préventions premières à l'égard d'une protection privative. Mais passage obligé, de par les circonstances, le droit d'auteur était vite présenté, par ses plus ardents défenseurs, comme ayant vocation naturelle à couvrir le logiciel, ce qui est déjà autre chose, et ce malgré les réserves raisonnées des meilleurs auteurs.³

¹ Vivant, Michel, "Propos introductifs sur le droit de l'informatique, pour une réflexion juridique fondamentale: informatique et droit", *Les transactions internationales assistées par ordinateur*, Litec, 1987, p. 7 et suivantes, spécialement n. 8.

² Cfr., notamment pour les Etats-Unis; Vandenberghe, G., "La protection du logiciel et des chips aux Etats-Unis: un exemple pour l'Europe?", *RIDA*, 1985, 126, 85.

Pour l'Europe: Vivant, M. C. Le Stanc et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, Ed. Lamy, 1986, n° 226 et suivants, éd. de 1987, n° 940 et suivants.

³ Citons parmi beaucoup d'autres Lucas, A., *La protection des créations intellec-*

Le recours au droit d'auteur satisfait la pratique, lit-on encore aujourd'hui. Et ainsi tout est dit. Point sans doute pourtant car il est intéressant de relever que ce discours qui est celui de la grosse entreprise n'est pas celui de celles qu'on dénomme en France PME (Petites et moyennes entreprises). On évoquera ce Colloque des "Jeunes Dirigeants d'Entreprise" réunis à Nice en juin 1986 et qui, pour la plupart, en charge de telles PME devaient dans leurs "propositions" finales déclarer que "l'innovation et l'anticipation" devaient être "les seules protection [du] capital immatériel".⁴ Nous voici loin du discours dominant. Soyons clair: il ne s'agit pas de donner raison à tel ou tel mais de voir que le défi n'est pas semblablement ressenti par tous, malgré une présentation souvent monolithique des choses.

b) Enseignement semblable encore si l'on considère la question voisine de la protection des semi-conducteurs. Les mêmes arguments économiques que ceux utilisés s'agissant des programmes furent naturellement repris ici: coût de la conception, facilité du piratage...

Pourtant, lorsque le Congrès américain — puisque c'est aux Etats-Unis que la question fut d'abord soulevée — commença en 1979 à se pencher sur la question, il apparut que la cause n'était pas entendue. Le mieux est ici de citer M. Vandenberghe qui a excellemment mis en lumière la chose: "L'industrie des semi-conducteurs fut divisée, à la stupefaction de beaucoup: environ la moitié estimait que la protection empêcherait le progrès car elle freinerait la diffusion."⁵ Certes, la division des industriels ne subsista pas, au moins en termes de groupe de pression. Mais ceci démontre, une fois encore, qu'on ne peut réduire la réalité à de pseudo-évidences (qu'elles se parent ou non des vertus de l'économie).

c) C'est encore une chose qu'on retrouve s'agissant des questions que soulève l'élaboration d'une banque de données. En France, l'affaire opposant le journal *Le Monde* à la société de droit canadien *Microfor* a polarisé l'attention.⁶ Il y a certainement matière à débat. Mais, curieusement, il s'est trouvé des auteurs pour soutenir qu'accepter que

tuelles abstraites, Litec, 1975; Vandenberghe, G., *Bescherming van computersoftware*, een Rechtsvergijkend Onderzoek, Kluwer, 1984.

⁴ Lamy *Droit de l'informatique*, éd. Lamy, 1986, mise à jour H, p. 13.

⁵ Vandenberghe, G., *La protection du logiciel et des chips...*, précité, n° 30.

⁶ Cass. civ. 1, 9 novembre 1983, J.C.P. 1984, II, 20189, note Françon, D.S. 1984, I.R. 290, obs. Colombet, G.P. 28/29 mars 1984, p. 9, note Plaisant, *Droit et informatique* n° 1, p. 20, note Mignot, Exp. 1983, n° 57, p. 277; et sur renvoi: Paris, audience solennelle, 18 décembre 1985, J.C.P. 1986, II, 20615, note Françon, J.C.P. 1986, éd. Entreprise, I, 15791, n° 6, obs. Vivant et Lucas, D.S. 1986, I.R. 184, obs. Colombet, D.S. 1986, 273, note Huet, Lamy *Droit de l'Informatique* 1986, mise à jour A, p. 3, obs. Vivant.

le titulaire de droits d'auteur puisse, selon le droit commun, les opposer au producteur d'une banque de données était faire montre d'un protectionnisme archaïque; curieusement car ce sont les mêmes qui ne cessent de plaider pour une protection par le droit d'auteur des créations informatiques (logiciel ou banque de données). Peut-on, en réalité, mieux faire apparaître qu'il s'agit, sans autre considération, de défendre un secteur d'activité? Et seulement cela.

Pourtant — et c'est là qu'on retrouve l'idée que toute démarche réductionniste est mauvaise — comment soutenir pareil point de vue, sans s'enfermer dans des contradictions lourdes de conséquences, quand précisément l'évolution économique est aux groupes multimédias qui fait qu'une même entreprise est, à la fois, éditeur "papier" classique et producteur de banques de données informatisées? Ceci a été remarquablement dit par M. Catala.⁷ Le groupe qui entend défendre son "fonds informationnel" contre des tiers qui voudraient l'exploiter pour réaliser une banque de données et qui, dans la même temps, réalise lui-même une banque, ce pourquoi il doit tenir compte des droits des tiers, ne peut percevoir le "défi informatique" de manière uniforme.

Ce n'est pas autre chose que nous voulons ici mettre en avant: si défi il y a, qu'on prenne garde de ne pas le mesurer sur telle ou telle déclaration sans vérifier tout ce qu'elle recouvre de non-dit.

B. Apparences et savoir

Le défi ne doit pas se mesurer au seul discours, et ceci encore quand tel ou tel voit, de bonne foi, l'informatique comme obligeant à repenser le droit ou, du moins, certains aspects de celui-ci, alors qu'en réalité, une meilleure connaissance du droit positif, et spécialement des propriétés intellectuelles, aurait donné un tour familier à des questions, sans cela, perçues comme extraordinaires (au plein sens du mot).

Dans des pays comme la France où une distinction est traditionnellement faite entre "droit privé" et "droit public", il n'est pas rare ainsi de voir présenter le phénomène informatique comme obligeant enfin à dépasser ce clivage. Mais notre droit de la construction, notre droit du travail, à certains égards notre droit des procédures collectives (de la "faillite")..., on depuis fort longtemps et heureusement aboli cette frontière.

⁷ Rapport de synthèse de la Journée de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri Desbois: "Banques de données, Droit d'auteur et droits voisins", Paris, 1986, Actes à paraître.

Exemple moins français et ainsi de plus grande portée: il est aujourd'hui de bon ton dans l'Europe continentale de s'interroger sur la notion d'information. Et l'on a raison. Mais lier la "découverte" de l'information dans l'ordre juridique, comme ceci est parfois fait, à l'apparition de l'informatique, c'est oublier que la première législation sur des créations immatérielles remonte à la Grèce antique et qu'aux Temps Modernes, depuis le XIV^{ème} à Venise, le XVI^{ème} en Angleterre, le XVIII^{ème} aux Etats-Unis et en France, l'immatériel est objet de droit. C'est, par là même, négliger l'apport de décennies de réflexion.

Et ce n'est pas là exprimer un regret académique. Il est facile de constater que bien des difficultés sont apparues telles sur le terrain par défaut de familiarité avec des questions par ailleurs bien connues des spécialistes. On en prendra ici deux exemples.

a) Le premier est emprunté au droit des contrats. En effet, on a vu, sous le vocable peu scientifique de "contrats informatiques", proposer les qualifications les plus variées et parfois les plus surprenantes: de l'appellation de contrat dit "de logiciel" ou, s'agissant de logiciels standards, "de progiciel" selon le vocable français (appellation qui ne résoud rien; parle-t-on en d'autres domaines, du contrat de véhicule automobile ou du contrat de lapin de garenne?), aux tentatives de qualification de tels contrats sur logiciel en vente pure et simple et sans la moindre réserve (quand par exemple est achetée une disquette incorporant un programme), en passant par les qualifications de ces mêmes contrats en vente "non franche" (*sic*) pour le motif qu'il paraît bien difficile d'admettre un transfert de propriété de la création intellectuelle par le simple jeu d'un contrat portant sur son support, c'est le flou qui est dominant.

Pourtant, il est bien simple de faire ici application des principes les plus élémentaires du droit des propriétés intellectuelles. Et, au premier chef, de celui qui veut, s'agissant de droit d'auteur ou de *copyright*, que "la propriété incorporelle... est indépendante de la propriété de l'objet matériel" (pour citer la formule qui est celle de la loi française du 11 mars 1957 en son article 29, mais qu'on retrouve sous des formes très proches dans la plupart des droits nationaux). La conséquence en est que peut être menée sur le terrain contractuel une analyse qui, à notre sens, rend les choses limpides.

La dissociation entre les deux propriétés conduit, en effet, à une même dissociation en termes de contrat. La vente du support n'a pas d'effet quant aux droits de propriété intellectuelle. Ce n'est pas dire, pour autant, que ceux-ci ne sont pas touchés par l'opération: la vente

(ou la location) du support implique indiscutablement le droit d'utiliser l'information qui y est incluse, comme il en est très classiquement pour un disque ou pour un livre.⁸ Mais, à aller au bout de cette logique, ceci signifie que les droits intellectuels sont en propre l'objet d'un accord, fût-il tacite, qui prolonge ou double le contrat portant sur le support (convention de "licence" au sens le plus large du terme, si l'on veut; convention de non-opposition —du monopole intellectuel au tiers acquéreur du support— à tout le moins). Cette dualité apparaît plus nettement encore dans les formules de "*tear-me-open*" ou de "*shrink-wrapper*" nées aux États-Unis où un geste symbolique de "déchirure" va manifester que celui qui a acheté le support auprès d'un distributeur accepte le contrat portant sur l'oeuvre logicielle proposé cette fois-ci par le fabricant, c'est-à-dire par un autre personnage.⁹

Responsabilité, garantie, possibilité de commercialisation ultérieure en aval, voilà autant de questions, parmi beaucoup d'autres, qui s'éclairent, alors, nous semble-t-il, sans trop de mal.

b) Une plus grande familiarité avec le droit des créations intellectuelles permettrait encore de faire l'économie d'autres inutiles incertitudes, s'agissant de la question du "vol d'information" que nous voudrions prendre pour second exemple.

La cour d'Arnhem, aux Pays-Bas, a sans doute admis qu'un logiciel et des données pouvaient être l'objet de vol.¹⁰ Et si de savants auteurs ont critiqué pareille décision,¹¹ il y a, notamment en France, de chaleureux défenseurs de la qualification de "vol d'information".

Pourtant, la distinction suivante paraît s'imposer. Si dans les droits modernes, le vol doit renouer avec le "*furtum*" du droit romain (considéré comme atteinte indifférenciée aux biens), pourquoi effectivement ne pas admettre qu'une information (un produit informationnel, une donnée, ...) puisse faire l'objet d'un vol? Mais, si tel n'est pas le cas, si le vol reste, en règle générale, défini comme supposant une soustraction qui prive la victime de son bien, comment ne pas voir que, dans le cas d'un bien intellectuel, la prétendue soustraction oblige seulement le titulaire de l'information à partager celle-ci mais sans l'en priver? Peut-on, de surcroît, ignorer que c'est très exactement cette situation

⁸ Voir par exemple en ce sens: Croze, H., et Y. Bismuth, "Le contrat dit de licence de logiciel", *J.C.P.*, 1986, éd. Entreprise, II, 14659.

⁹ Voir déjà sur cette idée Vivant, M., C. Le Stanc et al., *Lamy Droit de l'informatique*, éd. Lamy, 1986, n° 1132, éd. de 1987, n° 217.

¹⁰ Arnhem, 27 Octobre 1983, *Droit de l'informatique*, 1984, n° 2, p. 22, note Smits.

¹¹ Hugenholtz, B., "La reproduction par mise mémoire d'ordinateur", *Travaux de l'Association Capitant*, Amsterdam, 1986; G. Vandenberghe, Article précité, n° 21

d'atteinte au monopole qui est prise en considération par le droit à travers le mécanisme de la contrefaçon? En quelque sorte, et (convenons-en) passant de l'analyse au slogan, on pourrait dire: la contrefaçon, c'est le vol! Imaginer alors de recourir à la notion, technique, de vol pour sanctionner l'atteinte à un bien informationnel, c'est méconnaître ce trait pourtant majeur de la contrefaçon. Ceci conduit d'ailleurs à des contradictions car, en certain cas, comme il en est en matière de brevets, les législations européennes ont très consciemment choisi de décriminaliser; poursuivre pour vol serait alors, contre une politique raisonnée, un remarquable retour en arrière.¹²

Reste que revient souvent en *leitmotiv* le mot information. C'est là qu'il faut chercher le passage des apparences à la réalité.

2. La réalité

La réalité est, en effet, que l'information est toujours à un titre ou à un autre au cœur des réflexions qu'appelle l'informatique. L'informatique n'est-elle pas, au demeurant, la science du traitement automatisé de l'information?

Sans doute, le vocable "information" peut provoquer chez certains un mouvement de recul. Selon qu'on sera, ou non, sensible à la "théorie de l'information" américaine, on voudra, ou non, dissocier l'information et les données ou le message, on refusera, ou non, de considérer que l'information puisse, en tant que telle, être objet de droit pouvant donner lieu à une réservation privative, etc. . . . A notre sens, pourtant, le nominalisme fait une large part de ce débat. Et les divergences —largement formelles— peuvent être surmontées.¹³

Peut-être, au fond, le réponse est-elle dans la sagesse islamique? "Un persan, un turc, un roumi et un arabe ont reçu un dirhem et se disputent sur l'emploi qu'ils vont faire de cet argent. L'un veut acheter de l'angiur, l'autre du uzûm, l'autre de l'estafil, l'autre du anab. Finalement, ils s'aperçoivent que tous les quatre veulent du raisin. . ."

¹² Signalons, dans la doctrine française, dans le sens ici développé et pour aller plus loin: Devèze, J., "Le vol de biens informatiques", *J.C.P.*, 1985, I, 3210; et du même auteur: à propos du "vol" d'information, *Lamy Droit de l'informatique*, éd. Lamy, 1986, mise à jour G, p. 3.

¹³ Michael, J., "Data and information in Common Law", *Colloque CELIM*, Bruxelles, 2/3 avril 1987, Actes à paraître; A. Prüm, "Données et information en droit continental", idem; P. Catala, rapport de synthèse prolongeant ses quelques mots d'ouverture sur "la nécessité de parler un langage commun", idem.

Qu'on ne s'arrête donc pas aux mots. Si, pour notre part, nous utilisons volontiers, avec M. Catala, le mot de *information*,¹⁴ l'essentiel n'est pas là, mais dans le fait qu'on s'accorde pour penser que, sous une appellation ou une autre, c'est toujours d'une même valeur qu'il s'agit. Une valeur qu'on peut définir, nous semble-t-il, de une manière acceptable par tous (et inspirée de la doctrine allemande), comme étant une (toute) création immatérielle communicable tout message communicable, dit M. Catala).

En tout cas, dépassée la question du vocabulaire, le lecteur, qu'il nous ait ou non suivi, aura compris qu'en parlant de l'omniprésence de l'"information" dans ce droit, notre propos est, en réalité, de faire apparaître le "droit de l'informatique" pour ce qu'il est fondamentalement, à savoir un "*droit de l'immatériel*".¹⁵ C'est là le trait majeur de ce droit, même s'il ne l'a pas en propre (le droit des brevets ou celui des obtentions végétales est également un droit de l'immatériel). Cette dimension est patente quand est discutée, par exemple, la possibilité d'incriminer un "vol d'information"¹⁶ puisque c'est l'objet même de l'agissement réputé frauduleux immatériel, qui fait problème. Mais il en va indiscutablement encore ainsi quand la question posée est celle de la protection d'une création informatique ou de la qualification d'un contrat qui a, par exemple, pour objet la fourniture de données.

La défi du droit de l'informatique est, ainsi, en vérité, d'obliger à revenir sur un droit de l'immatériel qui existe de fait, qui, comme nous l'avons déjà dit, n'a pas attendu l'informatique pour se développer et se structurer. Mais surtout de revenir sur ce droit d'une manière telle que les structures connues éclatent ou soient, au moins, menacées d'éclatement.

Il est symptomatique qu'on ne cesse, depuis des années, et ce dans les pays, de souligner que le brevet est mal adapté au logiciel, mais, une fois la formule du droit d'auteur retenue, de mettre en avant que ce droit d'auteur est lui aussi fort peu adapté, quand il ne s'agit pas de découvrir, derrière un droit d'auteur quelque peu "torturé" (comme

¹⁴ Cf., tout particulièrement parmi les nombreux travaux de cet auteur: "La propriété de l'information," *IRETII*, 1983, ultérieurement publiée dans *les Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97; voir aussi déjà Mousseron, J. M., "Réserver le Know-how", rapport introductif in *Le Know-how, Colloque de Montpellier de 1975*, Litec, 1976, spécialement p. 63.

¹⁵ Vivant, M., C. Le Stanc et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, éd. Lamy, 1987, n° 5.

¹⁶ Cf., *suprà*.

l'a fait en France, et dans la perspective française, la loi du 3 juillet 1985), une logique qui est celle du droit des brevets.¹⁷ Ce n'est pas, d'ailleurs, autrement que l'OMPI a abordé la question (voir Dispositions-type et Projet de traité de l'OMPI sur la protection du logiciel).

A rester sur le même terrain, moins évident mais tout aussi réel est le fait que la manière dont a été réglée la question de la protection du logiciel introduit une rupture dans la démarche qui est traditionnellement celle des propriétés intellectuelles qui repose sur une dialectique entre un accès intellectuel (aux créations) largement ouvert (au public) et un accès économique (tendant à la réalisation de bénéfices) restreint (à un titulaire de droits). C'est sur ce jeu que reposent clairement le droit des brevets et même le droit d'auteur, lors même que, dans certains systèmes juridiques, la naissance des droits d'auteur n'est liée à aucune mesure de publicité (car il n'en reste pas moins que l'exploitation, économique, commerciale, de l'oeuvre est attachée sa publication au sens large du terme). Avec le logiciel, le créateur ou l'entreprise créatrice recherche et la non-divulgaration intellectuelle, et la réservation privative, cumulativement. C'est d'une autre logique qu'il s'agit.¹⁸

En un mot, le défi du droit de l'informatique n'est pas d'être radicalement autre mais de venir s'insérer dans un existant juridique qu'il oblige à reconsidérer. C'est bien cela qui fait son intérêt... et sa difficulté quand il s'agit de lui apporter des réponses dignes de ce nom.

II. LES RÉPONSES AU DÉFI

Si le défi du droit de l'informatique est, comme il vient d'être dit, de s'insérer et, plus justement encore, de devoir s'insérer dans un droit existant qu'il n'est pas question de contourner mais qu'il faut à maints égards considérer d'un regard neuf, les réponses à ce défi passent logiquement et par une nécessaire maîtrise du droit commun

¹⁷ Pertinente, l'opinion se rencontre fréquemment; citons, à titre d'exemple, récent, un article au titre significatif: GEISSLER, B. H., "Program Copyright - Patent Law in disguise", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 17, n° 5, oct. 1986, p. 608.

¹⁸ Cf., sur cette question point étudiée à notre connaissance: Mousseron, J. M., et M. Vivant, "Les mécanismes de protection et leur dialectique", *Rapport aux Rencontres de Montpellier sur "L'entreprise, l'information et le droit"*, 25/26 juin 1987, Actes à paraître.

(1) et par une réflexion sur l'immatériel puisque c'est cette dimension, avons-nous dit, qui fait la particularité de la matière (2).

1. *Une maîtrise du droit commun*

Qu'il faille, pour faire du droit de l'informatique comme pour faire du droit de la banque ou du droit de la consommation, commencer par bien maîtriser le droit commun est chose trop évidente pour qu'on s'y attarde, voire même, pensera-t-on peut-être pour que cela vaille la peine d'être noté. Il faut pourtant le rappeler. Car sans cette maîtrise, point de réponses sûres aux questions posées.

a) Ceci relève, à l'occasion, du savoir élémentaire. Ainsi il est de règle, dans les divers systèmes de droit, de tenir pour impératifs les délais stipulés dans un contrat. Et ceci vaut évidemment quel que soit le secteur d'activité concerné. Par voie de conséquence, il ne sert de rien d'invoquer la spécificité de l'informatique et la réelle difficulté à maîtriser par avance une opération d'informatisation pour tenter de soutenir —car c'est au fond cela qui est soutenu en pareil cas— que l'engagement pris... ne vaut pas comme engagement. En revanche, ne pas méconnaître une donnée aussi simple conduit à moins de légèreté dans la négociation contractuelle et permet finalement d'aboutir à un contrat propre à éviter, au moins sur cette question des délais, un contentieux tout à fait artificiel.

La même observation peut être faite quand il s'agit de savoir si un contractant s'est engagé en termes d'obligation de résultat (il s'est engagé sur certain résultat) ou en termes d'obligation de moyen (il s'est engagé à faire toutes diligences). Si la question est souvent traitée de manière abstraite, il faut pourtant admettre (point qu'il ne convient pas de développer ici) qu'il n'est pas vraiment d'obligations qui soient par elles-mêmes de résultat ou de moyen et que l'on peut très valablement s'engager sur un certain résultat contre toute apparente raison. Ceci interdit, par suit, de venir discuter, avec sérieux, la portée de l'engagement contracté en invoquant les caractéristiques de l'opération menée. Mais ceci oblige aussi, au temps de la négociation contractuelle, et comme dans le cas précédent, à ne s'engager sur une prestation définie qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire en prenant le risque s'il doit être pris (l'engagement de résultat est, par exemple, le moyen d'arracher un marché face à la concurrence) mais précisément en sachant qu'il s'agit d'un risque. Tout ceci est de simple (et bonne) gestion juridique.

b) Au demeurant, il suffit, peut-être, de manière plus générale de rappeler que le droit est à la fois "flexible" (selon le mot d'une des grandes figures du droit français, le doyen Carbonnier) et rigoureux, que ceux qui entendent pratiquer le "droit de l'informatique", à un titre ou à un autre, doivent savoir allier, à bon escient, cette flexibilité et cette rigueur.

Flexible droit: il faut bien se garder d'attacher mécaniquement telle ou telle conséquence à une qualification donnée. On a ainsi fortement et justement mis en valeur, et en tous pays, l'obligation d'information qui est présente dans le plus grand nombre des contrats d'informatique. Mais il est évident que cette obligation ne saurait être la même quand le contrat a pour objet l'automatisation d'une unité industrielle, l'informatisation d'une entreprise de services ou un simple équipement de micro-informatique que peut acquérir un particulier. La raison et le raisonnable sont des valeurs qui servent légitimement à l'interprétation juridique; et ce sont elles qui vont permettre de juger ce qu'on peut exiger des partenaires dans les différentes hypothèses évoquées. Or bien déraisonnable serait celui qui prétendrait que le raisonnable s'apprécie sans considération des données concrètes propres à chaque espèce...

Droit rigoureux: la flexibilité du droit n'est pas antinomique de sa rigueur. Il y aurait beaucoup à dire (encore) sur le droit des propriétés intellectuelles trop souvent incompris. Pour rester dans le domaine contractuel, un contrat qui, par exemple, met précisément en jeu des propriétés intellectuelles, comme le droit d'auteur ou le *copyright*, ne peut être construit sans que soient strictement respectées les exigences propres de ces droits, sauf à n'être qu'un "chiffon de papier" et une éventuelle source de contentieux. Ceci suppose donc que ces exigences soient parfaitement maîtrisées par les rédacteurs du contrat. Ceci suppose aussi qu'ils sachent passer d'heureuse manière de l'oeuvre traditionnelle que peut constituer un manuscrit ou une partition, à une "oeuvre informatique"; et c'est déjà nous conduire à l'observation que le défi du droit de l'informatique passe par une réflexion sur l'immatériel.

2. Une réflexion sur l'immatériel

Autant il est nécessaire de bien maîtriser le droit commun, autant il importe, pour qui veut dépasser ce stade (important) de la gestion quotidienne, de réfléchir sur la création immatérielle, en tant que le droit de l'informatique est, selon nous, un droit de l'immatériel et,

plus, un droit provocant du point de vue du droit de l'immatériel que nous connaissons déjà aujourd'hui.¹⁹ Sans doute, il faut être modeste dans le propos et ne pas prétendre proposer plus que quelques "pistes" de réflexion (A). Encore est-il que l'"exploration" de ces pistes n'est pas pleinement libre comme pourrait l'être un pur jeu de l'esprit, ce qu'on ne saurait méconnaître quand on ne perd pas de vue qu'en informatique et droit de l'informatique, comme dans tous les secteurs de pointe et dans les droits qui y sont afférents, aucune réflexion ne peut se faire sans intégrer la dimension internationale, mondiale, des problèmes (B).

A. Une remise en cause des idées reçues

Quand le logiciel relève du droit d'auteur sans en relever parfaitement, quand il ne relève pas du brevet mais qu'il n'est pas toutefois étranger au brevet, quand il peut être protégé par le moyen du secret qui sert normalement à la défense du *know-how* (qu'on oppose traditionnellement à l'invention brevetable), il nous semble clair qu'il est impossible de camper sur les certitudes que peut offrir le droit présent des propriétés intellectuelles.

Ces certitudes sont d'ailleurs, d'ores et déjà, malmenées. Pour prendre l'exemple français, c'est le cas du logiciel qui a fait donner à la Cour de cassation, pour la première fois, une définition de l'originalité qui est, pourtant, tenue en France pour une notion clef, mais cela en des termes qui modifient complètement l'analyse usuellement faite par les auteurs puisqu'on est passé d'une conception tout à fait subjective à une conception partiellement objectivée.²⁰ Au niveau européen, la Convention de Munich du 5 octobre 1973 en posant que "ne sont pas considérés comme des inventions... les programmes d'ordinateur" (art. 52. 2) puis la décision de l'Office Européen des Brevets, chambre de recours technique, du 15 juillet 1986²¹ ont obligé à repenser les condi-

¹⁹ Voir *supra* II.1.B.

²⁰ Cass. Ass. Plén. 7 mars 1986, affaire Babolat contre Pachot, J.C.P. 1986, II, 20631 et éd. *Entreprise*, II, 14713, note Mousseron, Teyssié et Vivant, J.C.P. 1986 éd. *Entreprise*, I, 15791, n° 1, obs. Vivant et Lucas, D.S. 1986, 403, concl. Cabannes, note Edelman, D.S. 1987, S.C. 152, obs. Colombet, D. inf. 1986, n° 2, p. 53, note Briat, Exp. 1986, n° 82, p. 58, *Dossiers Brevets* 1986, I, 3, R.D.P.I. 1986, 3, 203, avec rapport Jonquères; d'"empreinte de la personnalité", l'originalité devient, avec cet arrêt, "marque de l'apport intellectuel".

²¹ Voir J.C.P., 1987, éd. *Entreprise*, II, 14916, note Mousseron et Vivant; voir aussi Lamy *Droit de l'informatique* 1987, mise à jour A, obs. des mêmes auteurs.

tions de la brevetabilité, et d'ailleurs dans des termes qui ne sont pas tout à fait exempts de contradictions.

Tout ceci ne relève pas toutefois d'une vision globale des choses.

a) Une vision systématique fait apparaître un certain nombre de situations de "vide" et de "trop-plein" qui obligent l'observateur à se poser et à poser un certain nombre de questions.

Même si, à notre sentiment, l'idée du "vide juridique" est trop complaisamment cultivée, le fait est qu'entre la création assistée par ordinateur et le génie logiciel, l'informatique fait surgir des créations pour lesquelles l'intervention humaine n'est que partie d'un tout, voire même inexistante, et qui donc n'entrent pas dans les catégories juridiques traditionnelles qui renvoient toujours à un créateur, auteur, inventeur... Faudra-t-il redécouvrir les conceptions d'Aristote faisant de l'esclave un "outil vivant" et du droit romain voulant que tout ce que l'esclave acquiert appartienne au maître, pour établir un parallèle audacieux aux termes duquel ce que génère la "machine esclave" doit finalement revenir à son concepteur? Qui ferait que, par exemple, le logiciel généré par un premier logiciel devrait appartenir au titulaire des droits sur le premier. Parallele idée a été discrètement suggérée.²² Ne faudra-t-il pas, par un bouleversement plus radical encore, admettre que la création immatérielle puisse être protégée lors même qu'elle ne serait pas rapportable à un créateur? Comment entrevoir autrement un statut satisfaisant pour les images satellitaires? Le droit français, en introduisant dans la loi du 3 juillet 1985 venue réformer le droit d'auteur, un article 27 qui offre au diffuseur (à l'entreprise de communication audiovisuelle) une protection pour ses "programmes" (indépendamment donc de la considération de leurs auteurs), ouvre indiscutablement une voie en ce sens.

Mais la référence à un tel texte conduit aussi à mettre en lumière que l'éclatement contemporain du droit joint à l'éclatement présent des créations de l'esprit fait qu'il devient très difficile de se cantonner à une approche unique. Les solutions juridiques aux problèmes posés doivent de plus en plus être recherchées dans des corps de règles disparates. Sans doute, ceci ne fait pas grand problème quand il n'est question que de juxtaposition, comme ceci se pratique depuis des années en matière de *know-how* et, plus récemment, à propos du logiciel lui-même, quand est laissée de côté la question de sa protection privative.

²² Cfr., Gasnault, J., et J. C. Vignal, *Une protection juridique pour les systèmes experts?* Mémoire D.E.A. Droit de l'informatique, IRETIJ, Montpellier, 1986, p. 153. p. 153.

Mais les choses deviennent plus difficiles quand diverses prévisions légales peuvent concurremment s'appliquer à une création donnée, sans obéir toujours à la même logique. Nous prendrons l'exemple des jeux vidéo. Il existe sur cette question une jurisprudence américaine non négligeable. Pour sa part, la Cour de cassation française les a justement distingués, à notre sens, des logiciels qui en sont le "moteur"²³ mais on peut, avec une égale pertinence, faire observer que "l'animation n'est rien d'autre que l'expression du programme intégré dans le jeu"²⁴ et que l'image ou le son produits ont leur existence propre.²⁵ Il est indiscutable que l'image n'existerait pas comme telle sans le logiciel mais il est également vrai que celle-ci peut présenter une originalité graphique qui n'est pas réductible à l'originalité d'écriture qui peut être celle du logiciel.²⁶ Bien plus, dans le cadre particulier du droit français, il faut savoir que l'oeuvre audiovisuelle est définie comme celle "consistant dans des séquences animées d'images sonorisées ou non" (Loi du 11 mars 1957, art. 3 tel que modifié en 1985), ce qu'est indubitablement, au moins dans ses manifestations extérieures, un jeu vidéo. Et un tel jeu, diffusé par un canal télématique, peut fort bien être appréhendé —toujours en droit français— comme un programme relevant de l'article 27 de la loi de 1985 évoqué plus haut! Le jeu vidéo apparaît ainsi et comme une création composite, et comme une création susceptible de plusieurs qualifications, ce qui pourrait être dit encore du système-expert ou de la banque de données qu'il ne faut pas réduire à un simple agrégat d'informations. Voici des écheveaux bien difficiles à démêler. Nous ne nous y risquerons pas ici mais retiendrons simplement de ces quelques observations que l'informatique oblige, comme naguère d'une certaine manière le cinéma, à raisonner en termes de combinatoire.

La question à se poser concrètement est, en dernière analyse, de savoir qui a droit à quoi à travers plusieurs approches intellectuelles également justifiées mais qui doivent finalement rendre compte d'une réalité qui a pour trait d'être unique. Pour être concret, quand, par exemple, une invention brevetée intègre un logiciel et que ce logiciel peut par ailleurs

²³ Cass. Ass. Plén. 7 mars 1986, deux arrêts, Atari et Williams Electronics, J.C.P. 1986, édition Entreprise, I, 15791, obs. Vivant et Lucas, D.S. 1986, 405, concl. Cabannes, not Edelman, D.S. 1987, S.C. 152, obs. Colombet, D. inf. 1986, n° 2, p. 53, note Briat, Dossiers Brevets 1986, I, 2 et 1, R.D.P.I. 1986, 3, 205, avec rapport Jonquères.

²⁴ Edelman, B., note précitée; Colombet, C., observations précitées.

²⁵ Cf., Rapport du conseiller rapporteur Jonquères.

²⁶ Cf., Rapport Jonquères précité, n° 103; Vivant, M., C. Le Stranc et alii, *Lamy Droit de l'informatique* précité, 1987, n° 1091 et suivants.

faire l'objet d'un droit d'auteur, comment doivent s'articuler les droits du breveté, du titulaire du droit d'auteur... et ceux des tiers? Comment encore —autre exemple— doivent s'articuler les droits de celui qui, dans un système-expert, a conçu le moteur d'inférence et de celui qui a élaboré la base de connaissances... sans toujours oublier les tiers? On retrouve l'idée qu'une parfaite maîtrise du droit commun, en l'occurrence des propriétés intellectuelles, est nécessaire. Mais il est également nécessaire ici d'être imaginatif car le droit positif ne fournit pas de réponses toutes faites à de telles interrogations. Une possibilité, parmi d'autres, serait de poser qu'une création, considérée comme partie d'un ensemble protégeable, est protégée dans cet ensemble *comme élément de celui-ci*, et cela que, prise individuellement, elle soit ou non protégeable ou qu'elle soit protégeable par une autre voie juridique que le tout et donc sans préjudice du statut qui est alors le sien.²⁷ Sur cette idée, et pour raisonner sur ce seul cas, le logiciel partie intégrante d'une invention brevetable et brevetée reçoit même traitement que l'invention globalement considérée, ce qui signifie que le breveté peut entre autres choses en disposer avec son brevet s'il entend procéder par exemple à une cession ou à une licence et qu'il peut agir en contrefaçon si l'invention (non le seul logiciel) a été contrefaite. Mais ce même logiciel, à le supposer couvert par un droit d'auteur, continue à obéir aux règles de ce droit (et a peut-être un autre titulaire que le breveté) quand il est appréhendé isolément.

b) Mais alors peut-être faut-il aller plus loin et juger que le défi du droit de l'informatique est d'obliger à une remise en place fondamentale (au propre sens du mot) des idées en matière d'immatériel. Ce n'est pas à autre chose qu'a voulu inviter M. Catala dans ses écrits, trop souvent interprétés à la hâte.²⁸

Le fait est que la propriété des biens corporels est attestée bien avant Hammourabi ou Solon, alors que la propriété des biens incorporels, réserve faite d'un exemple contraire dans la Grèce antique, ne date approximativement que de deux siècles, ce qui est fort peu à l'échelle de l'humanité, et n'a donc bénéficié que d'une réflexion, à cette échelle, encore jeune.

Le fait est encore que, malgré l'existence de statuts divers, la propriété des biens corporels peut être conçue de manière unitaire, alors que s'agissant des biens incorporels, il serait certainement plus juste

²⁷ En ce sens Vivant, M., C. Le Stanc et alii, *Lamy Droit de l'informatique*, 1987, n° 1092, 1096, 1101 et 1104.

²⁸ Sur ceux-ci, cf., *supra* I.

de parler *des* propriétés progressivement mises en place par le droit sous la pression des besoins. Propriété industrielle des inventions à travers les brevets, propriété littéraire et artistique que l'informatique a de plus en plus rapproché d'une propriété industrielle, propriété des signes distinctifs à travers les marques, propriété des obtentions végétales, en France des créations de la mode... Aujourd'hui, le phénomène d'éclatement se poursuit et s'accroît avec la protection spécifique octroyée ou en passe de l'être, selon les systèmes de droit, aux semi-conducteurs. Il est pour le moins légitime de se demander si la fuite en avant et la gestion au coup par coup sont une politique, même si, à court terme, elles sont propres à satisfaire les groupes de pression intéressés. Elles ne facilitent pas, en tout cas, une démarche raisonnée.

Il conviendrait que nous sachions définir ce que nous entendons exactement protéger dans nos sociétés occidentales d'économie libérale de la fin du XX^{ème}. Pour le bien des entreprises porteuses d'innovation mais aussi dans l'intérêt général. Ce qui suppose un large débat de fond. Ce qui est aussi manifestement dépasser le champ d'exploration du juriste mais remet le droit (et le droit de l'informatique) à sa juste place.

B. Les contraintes de la société internationale

Reste qu'il ne faut pas tomber dans l'angélisme. Il est hors de question de raisonner comme si le monde extérieur n'existait pas. Dans la recherche de réponses au défi informatique, on ne peut négliger les blocages existant: en Europe, les règles de la Convention européenne de Munich en matière de brevet, déjà évoquée, ou, aux dimensions de la planète, celles des Conventions de Berne de 1866 et de Genève de 1952 en matière de droit d'auteur, les accords GATT dans le domaine douanier, en sont de remarquables exemples. Un pays ne peut décider seul, en méconnaissance de ces textes, des solutions qu'il entend adopter sur tel ou tel problème, sans se mettre en dehors du concert des nations, c'est-à-dire concrètement sans jouer un jeu finalement contraire à l'intérêt de ses entreprises.

Au-delà des contraintes juridiques formelles, la pression de la société internationale est tout aussi importante. Quand la plupart des États ont choisi de protéger les logiciels par la formule du droit d'auteur, un État peut-il sérieusement encore choisir une autre voie? Il est permis d'en douter. Un pays comme, par exemple, le Brésil sur le continent américain ne peut, en tout cas, pas faire l'économie d'une telle ques-

tion... Les États-Unis, forts de leur puissance économique, sont même allés, s'agissant des semi-conducteurs, jusqu'à adresser quasiment un diktat à leurs partenaires obligés, puisqu'une des conditions, exorbitante, mise à la protection des étrangers aux États-Unis, est que le pays d'origine de la personne en cause ait adopté une législation conforme à telles dispositions du droit américain (*Semiconductor Chip Protection Act* de 1984, § 914)! Le défi est alors devenu économique et politique...

IV. CONCLUSION

Mais le droit échappe-t-il jamais au politique?

Le défi du droit de l'informatique, ce ne peut être évidemment que de (savoir) répondre aux besoins nouveaux de nos sociétés dans lesquelles l'informatique a fait, parfois brutalement une irruption en force, de savoir répondre donc à des besoins politiques au plein sens du terme (pour qui a quelques souvenirs d'Aristote). Ceci appelle la prise en considération de nombreuses données. Mais le défi, pour le juriste, c'est, peut-être, d'abord, de savoir répondre à ces besoins de manière cohérente, ce qui suppose, une fois mis à l'écart les faux problèmes, que soit menée, à partir de ce qu'offre le droit positif, une réflexion approfondie sur la création immatérielle, dès l'instant où la création informatique apparaît comme création immatérielle par excellence. A la pensée (immatérielle?) du juriste de savoir, très réalistement, distinguer fantaisie et imagination...