



HAL
open science

Vers un droit spécifique pour le logiciel? Retour vers le futur d'une protection amphibie

Franck Macrez

► To cite this version:

Franck Macrez. Vers un droit spécifique pour le logiciel? Retour vers le futur d'une protection amphibie. Christophe Geiger; Matthieu Dhenne. Les inventions mises en œuvre par ordinateur : enjeux, pratiques et perspectives, LexisNexis, 2019, Collection du CEIPI. hal-04105663

HAL Id: hal-04105663

<https://hal.science/hal-04105663>

Submitted on 2 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

VERS UN DROIT SPÉCIFIQUE POUR LE LOGICIEL ? RETOUR VERS LE FUTUR D'UNE PROTECTION AMPHIBIE

*Franck MACREZ**

VERS UN DROIT SPÉCIFIQUE POUR LE LOGICIEL ? RETOUR VERS LE FUTUR D'UNE PROTECTION AMPHIBIE

Franck MACREZ

Introduction

- A. Droit « *sui generis* », droit spécifique : une institution autonome
- B. Enjeu de la création d'un droit spécifique pour le système juridique
- C. Du droit *sui generis* au droit spécifique

I. La tentation initiale du droit spécifique

- A. Raisons : inadaptation des droits préexistants
 - 1) Objet protégé
 - 2) Droit d'interdire
- B. Contenu : propositions pour un droit spécifique
 - 1) Un droit de brevet spécifique : la proposition de l'INPI
 - 2) Un droit d'auteur spécifique : le projet de l'OMPI

II. L'adaptation profonde des droits préexistants

- A. Profondeur des adaptations
 - 1) Conditions de la protection
 - 2) Mise en œuvre de la protection
- B. Des sous-catégories *sui generis* ?
 - 1) Analyse substantielle
 - 2) Analyse formelle

III. Vers des droits spécifiques ?

- A. Un droit d'auteur spécifique nécessaire
 - 1) Nécessité de la reconnaissance : un droit d'auteur dénaturé
 - 2) Édification du droit spécifique
- B. Un droit de brevet spécifié
 - 1) Exclusion de la brevetabilité
 - 2) Admission de la brevetabilité

Conclusion

* Maître de conférences au CEIPI.

Introduction

Faut-il un droit spécifique pour le logiciel ? La question est consubstantielle à l'existence de l'objet même et à la volonté de l'appréhender par le Droit : l'idée n'est pas nouvelle. Mais elle est tenace, ce qui montre une difficulté réelle. Elle implique avant tout de se mettre d'accord sur ce qu'il faut entendre par droit *sui generis* (A), avant de prendre la mesure sur ce que cela peut signifier en termes de politique juridique et de légistique (B) et de poser les règles essentielles devant gouverner le choix de la création d'une catégorie à part (C).

A. Droit « *sui generis* », droit spécifique : une institution autonome

Le droit « *sui generis* » correspond à une situation dans laquelle une institution juridique « *échappe, en raison de sa nature originale, au classement dans une catégorie connue et constitue un genre en soi* »¹. Ainsi, une institution, un contrat, ou une situation juridique est dit *sui generis* lorsqu'il faut « *lui reconnaître une unité justifiée par sa nature originale et commandant un régime juridique approprié, donc autonome* »². Cette « nature originale » est rarement issue d'une création *ex nihilo*, mais plus sûrement issue d'une combinaison d'éléments préexistants dans des catégories proches, faisant de la catégorie *sui generis* une « institution amphibie »³. Nous distinguerons cette situation de celle désignée par l'expression « droit spécifique » (ou « droit spécial ») utilisée concernant une catégorie reconnue par le droit positif : la création d'une catégorie juridique a été décidée par le législateur, répondant à une demande sociétale et en raison de l'inadéquation des catégories préexistantes à la situation que l'on souhaite régir. Si l'on veut bien suivre cette distinction, il faudra considérer que le fait que le législateur européen ait nommé le droit spécifique sur les bases de données « droit *sui generis* » est un non-sens : ce faisant, il créait la catégorie juridique et le régime correspondant.

¹ V° « *sui generis* » in H. Roland, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016.

² V° « *sui generis* » in H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, Paris, 1998, p. 470. Adde P. Partyka, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse dact., Montpellier, 2004, p. 366 : « *une catégorie qui accueille en son sein, les éléments, qui en raison de leur originalité, n'entrent pas dans les catégories juridiques préexistantes et qui ne peuvent donc pas se voir appliquer de régime juridique spécial* ».

³ Pour reprendre l'expression des professeurs Roland et Boyer, à propos de la donation des biens à venir (qui participe à la fois du testament et de la donation) et du contrat d'hôtellerie : « *... n'étant complètement ni l'un ni l'autre, cette institution amphibie peut être qualifiée de sui generis* », v° « *sui generis* » in H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, Paris, 1998, p. 470.

B. Enjeu de la création d'un droit spécifique pour le système juridique

Le problème posé par la création de droits spécifiques tient à l'hypothèse de leur multiplication. L'enjeu est fondamental : il tient à la cohérence de la matière, laquelle risque d'être affectée par le morcellement des droits. Il est clair qu'une « *multiplication excessive des rubriques (...) finirait par ruiner la cohérence du système juridique et l'efficacité des catégories* »⁴. Dabin ajoutait que la profusion de catégories serait contraire à la « maniabilité du droit », et pourrait remettre en question l'intérêt même de l'existence de catégories⁵.

Le questionnement est posé avec une certaine acuité dans le domaine des propriétés intellectuelles du fait du développement des techniques numériques⁶. En raison du risque de déstabilisation de l'ensemble du système, la justification des rubriques spécifiques appelées par les créations informatiques au sein des droits de propriété intellectuelle doit être soigneusement analysée. Ce qui fonde cette justification nous semble être de deux ordres. D'une part, le fait devant être qualifié juridiquement entre difficilement dans les catégories préexistantes du fait de ces spécificités intrinsèques. D'autre part, le droit positif présente d'ores et déjà une catégorie *sui generis*, du fait de la pratique contractuelle ou jurisprudentielle par exemple, et il convient de la prendre en compte pour la consacrer dans la loi par un droit spécifique, notamment en vertu d'un objectif de sécurité juridique.

Ainsi, les créations informatiques imposent parfois une telle « qualification de substitution »⁷, motivée par la particularité de la création en cause, par l'importance des difficultés d'adaptation des techniques préexistantes et par la nécessité de lui attacher un régime juridique autonome.

C. Du droit *sui generis* au droit spécifique

Le cas du logiciel est particulièrement caractéristique de cette double problématique. Son analyse factuelle rend difficile son insertion dans les catégories du droit d'auteur ou du droit des brevets. C'est la raison pour laquelle la piste première d'évolution du Droit pour appréhender ce nouvel

⁴ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, Paris, 2003, p. 221, n° 191.

⁵ J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, n°260 et s., spéc. n°261 : « [...] l'exigence de maniabilité du droit oppose son veto à une multiplication excessive des rubriques, laquelle aurait pour effet, au point extrême, de ruiner l'utilité et jusqu'au principe du classement ».

⁶ V. J. Schmidt-Szalewski, « L'adaptation du droit des brevets aux nouvelles technologies », *Prop. industr.*, mai 2002, chron., 3, p. 8, *in fine*, souhaitant éviter « une "tour de Babel" juridique » ; et, à propos de la loi sur les topographies de semi-conducteurs : J. Foyer, « Conclusion », in *La protection des produits semi-conducteurs, Librairies techniques / IRPI* 1988, p. 74 (« Avec cette loi, et c'est peut-être l'un des traits les plus intéressants à noter, nous assistons à une nouvelle étape d'un phénomène que j'appellerai le parcelllement du droit de la propriété industrielle ») ; P. Samuelson, « Creating a new kind of intellectual property : applying the lessons of the chip law to computer programs », *Minnesota Law Review* 1985, vol. 70, p. 471, spéc. p. 501-502.

⁷ P. Partyka, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse dact., Montpellier, 2004, p. 366.

objet fut celle de la création d'un droit spécifique (I). Cette piste fermée, c'est la voie de l'adaptation des droits préexistants qui dût être empruntée (II), les ajustements ayant été tels qu'il convient de se demander s'ils n'ont pas abouti à l'établissement de droits *sui generis* (III).

I. La tentation initiale du droit spécifique

Le choix initial de l'autonomie apparaissait, à l'origine, comme étant le plus logique étant données les difficultés d'appréhension. Il fut défendu par un certain nombre d'auteurs⁸, appuyé par l'ALAI⁹, ce qui se traduisit en propositions législatives¹⁰. Ainsi, au niveau international, l'OMPI avait proposé un droit spécifique inspiré du droit d'auteur par des « dispositions types »¹¹, puis dans un projet de traité¹². En France, l'INPI avait avancé, dans un rapport remis en 1983 et publié en 1984, l'opportunité de création d'un droit spécifique voisin du droit de brevet, proche du certificat d'utilité¹³. Il est intéressant de revenir sur les raisons justifiant l'adoption d'une législation spécifique (A) avant de détailler brièvement le contenu de ces propositions originelles (B).

A. Raisons : inadaptation des droits préexistants

L'inadaptation des droits préexistants se constate du point de vue de l'objet à protéger, des conditions de protection, mais également au niveau de l'étendue du droit d'interdire.

1) *Objet protégé*

Quant à l'objet à protéger lui-même, le logiciel pose problème aux catégories existantes, car il ne paraît relever d'aucune d'entre elles, ou alors

⁸ V. notamment, parmi une abondante littérature : E. Galbi, « Proposal for New Legislation to Protect Computer Programming », *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1970, Vol. 17, Issue 4 p. 280 ; R. H. Stern, « La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats Unis d'Amérique », *La Propriété industrielle* 1982, p. 157 et 186 ; A. Dietz, « Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system », *UFITA* 1985, 110, p. 57 ; P. Samuelson, « Creating a new kind of intellectual property : applying the lessons of the chip law to computer programs », art. préc. ; P. Samuelson, *et al.*, « *A Manifesto Concerning The Legal protection Of Computer Programs* », *Columbia Law Review* 1994, p. 2308.

⁹ Déclaration du comité exécutif de l'ALAI, 1^{er} oct. 1983, *Dr. Auteur* 1984, p. 30 : « [...] il serait opportun de protéger le logiciel non seulement par le droit d'auteur, mais aussi selon un autre système, adapté à la spécificité de la matière et qui serait fondé sur une législation spéciale et un instrument international approprié ».

¹⁰ Pour une présentation synthétique de ces propositions, v. : Y. Pontida, « Propositions pour la protection du logiciel », *JCP E* 1984, p. 28 ; et, au niveau international : Y. Miyashita, "International Protection of Computer Software", *John Marshall Journal of Computer and Information Law* 1991, vol. XI, p. 41, spéc. pp. 47 et s.

¹¹ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *Le Droit d'auteur*, 1978.

¹² OMPI, *Projet de traité sur la protection du logiciel – Rapport du Bureau international*, LPCS/II/3, 1983.

¹³ Rapport du groupe de travail constitué auprès de l'INPI, *Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions*, La Propriété industrielle, 1984.

des deux à la fois¹⁴. Il pose en effet problème au droit d'auteur qui a toujours appréhendé des formes qui s'adressent à l'esprit humain¹⁵. Or les formes centrales du logiciel, code source et code compilé sont destinées à la machine : le code source, qui du reste n'est bien souvent pas même divulgué, est transformé en *bits* de données par un compilateur afin d'obtenir un code binaire incompréhensible à l'esprit humain. De plus, les formes logicielles peuvent paraître bien abstraites, alors que les idées sont de libre parcours¹⁶. En somme, le logiciel correspond mal à la définition de l'œuvre de l'esprit. La doctrine ne s'y était pas trompée¹⁷.

Il pose également problème au droit des brevets, car il est pour l'essentiel comme un objet abstrait s'apparentant à une méthode de calcul mathématique : sa conception apparaîtrait bien trop abstraite pour satisfaire à la matérialité de l'application industrielle du brevet. La loi française de 1968 l'a donc écarté, sans doute un peu rapidement, et pour de mauvaises raisons. Il s'agissait en effet d'imiter la position de l'USPTO¹⁸ qui avait écarté l'idée de breveter les programmes à la suite d'un rapport présenté au président Johnson en 1966, principalement en raison de difficultés pratiques liées à l'examen et à l'établissement d'un état de l'art pertinent¹⁹. Mais l'office américain opéra un revirement quelques années plus tard suite à la décision de la Cour Suprême *Diamond v. Diehr* de 1981²⁰. L'écueil de l'inadéquation de l'objet a peut-être été quelque peu exagéré. La Commission des lois du Sénat avait pourtant préféré qu'il n'y ait pas d'exclusion formelle dans la loi afin de laisser les

¹⁴ Embarras et paradoxe visibles par exemple sous la plume de M. Challine (J.-P. Challine, « Le logiciel est-il une œuvre d'art ? », *Les Petites Affiches*, 28 juin 1996, 78, p. 30) : « Le logiciel n'est ni une œuvre d'art ni une invention brevetable, mais il procède à la fois de l'une et de l'autre ».

¹⁵ V. p. ex. : A. Dietz, « Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system », art. préc. ; comp., en droit américain, en particulier à propos du caractère utilitaire du logiciel : P. Samuelson, « Creating a new kind of intellectual property : applying the lessons of the chip law to computer programs », art. préc., spéc. p. 508 et s.

¹⁶ TGI Evry, 11 juill. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 700, note J.-R. Bonneau.

¹⁷ A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques, Paris, 1975, n°292 ; A. Lucas, « Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels », *JCP G* 1982, I, 3081 ; R. Plaisant, « La protection du Logiciel par le droit d'auteur (Programme d'ordinateur) », *Gaz. Pal.* 27 septembre 1983, p. 348 ; P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 195, spéc. p. 209.

¹⁸ G. Vandenberghe, « La protection des logiciels et des chips aux États-Unis : un modèle pour l'Europe? », *RIDA* 1985, 126, p. 85 ; v. Amendement et explication du député P.-B. Cousté, 1^{ère} séance du jeudi 13 décembre 1967, *JORF* n°114 AN, 15 déc. 1967, p. 5869.

¹⁹ President's Commission on the Patent system, *'To Promote The Progress of ...Useful Arts' In an Age of Exploding Technology*, Report to the President, 1966, spec. p.13 : « The Patent Office now cannot examine applications for programs because of the lack of a classification technique and the requisite search files. Even if these were available, reliable searches would not be feasible or economic because of tremendous volume of prior art being generated. Without this search, the patenting of programs would be tantamount to mere registration and the presumption of validity would be all but nonexistent ».

²⁰ G. Vandenberghe, « La protection des logiciels et des chips aux États-Unis : un modèle pour l'Europe? », *RIDA* 1985, 126, p. 85, spéc. p. 87 et s. Il semblerait en outre que l'exclusion par la loi de 1968 s'explique par « d'obscurs calculs de marketing à courte vue de certains constructeurs américains » : J.-L. Goutal, « Logiciel : l'éternel retour », in *Droit et technique, Mélanges Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 218.

tribunaux apprécier la condition de caractère industriel²¹. Mais l'Assemblée nationale a estimé de manière très nette que « *ce serait reconnaître comme brevetables des formules mathématiques* »²². La Commission mixte paritaire devait finalement trancher en faveur de cette dernière position²³.

Quant aux conditions d'accès à la protection, les difficultés sont le reflet de la spécificité de l'objet même. Il apparaît bien difficile, en droit d'auteur, de caractériser l'empreinte de la personnalité de l'auteur au sein d'une suite de zéros et de uns, d'un code rédigé en langage informatique ou de descriptions entièrement tournées vers la réalisation d'une fonctionnalité²⁴. On sait que cette inadéquation aura nécessité un travestissement du critère²⁵. Par ailleurs, l'absence de condition de forme, en particulier de dépôt, pouvait faire voir le droit d'auteur comme une protection inappropriée²⁶.

Les conditions de brevetabilité ont également paru peu adaptées à ce nouvel objet informatique. En particulier, la condition très matérialiste de caractère industriel, ci-évoquée à propos de l'objet de la protection, apparaissait comme un écueil difficile à surmonter²⁷. De plus, la condition d'activité inventive laissait craindre qu'« *elle couvrirait sans doute uniquement une portion minimale des programmes d'ordinateur puisque ce n'est que dans de très rares cas (1% peut-être) qu'un programme témoigne d'une activité inventive suffisante pour répondre aux exigences de la loi sur les brevets [...]* »²⁸. Concernant les conditions de forme, une certaine perplexité était de mise lorsqu'on s'interrogeait sur la teneur du dépôt au regard de l'exigence de divulgation complète de l'invention²⁹, ou encore précisément sur la technique de rédaction des revendications.

2) Droit d'interdire

Quant au droit d'interdire, il est apparu très limité s'agissant du droit d'auteur. La principale difficulté tenait au fait que ce droit ne permettrait

²¹ M. Marclhacy, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, *Doc. Sénat* 26 novembre 1967, p. 20 : « *Dans l'incertitude, et étant donné qu'il s'agit là d'une matière nouvelle et en plein développement, il apparaît sage, dans ces conditions, de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier, dans chaque cas particulier, si le caractère industriel et l'activité inventive manifestés par le programme méritent ou non la protection par la voie du brevet d'invention. C'est pourquoi votre Commission a jugé opportun de se borner à formuler le principe général selon lequel les systèmes et combinaisons de caractère abstrait ne sont pas brevetables par défaut de caractère industriel, en laissant aux tribunaux le soin d'apprécier dans chaque cas particulier si un programme tombe ou non sous le coup de cette exclusion* ».

²² Rapport de M. Herzog, au nom de la commission de la production, n° 568, Assemblée Nationale, 15 déc. 1967.

²³ M.-A. Pérot-Morel, « Le rejet des demandes de brevets dans la loi du 2 janvier 1968, tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention », *JCP* 1969, I, 2220, n° 24.

²⁴ CA Paris 4 juin 1984, *Atari Inc. c/ Valadon*, *JCP E*, 1985, II, 14409, note M. Vivant (à propos d'un jeu vidéo).

²⁵ *Infra*, II.

²⁶ Rapport du groupe de travail constitué auprès de l'INPI, *Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions*, *op. cit.*, spéc. p. 386 : « *l'absence de dépôt ne permet pas au créateur de conforter sa propriété ni de lui donner date certaine* ».

²⁷ *Ibid.*, p. 383.

²⁸ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, p. 9.

²⁹ *Ibid.* : « *cette divulgation illimitée au public n'est pas souhaitable* ».

d'interdire que la copie et non l'utilisation du programme, qui ne pourrait être interdite³⁰. Une difficulté sérieuse résidait dans le fait que le droit d'auteur n'était perçu comme ne pouvant protéger que ce qui est écrit, c'est-à-dire le programme source, et qu'il est aisé de réaliser un code source dérivé du premier sans que la preuve puisse être valablement apportée de la reprise ainsi effectuée³¹. L'écueil probatoire constituait également une limite importante à une possible protection par le contrat ou le secret commercial³². De plus, il était incertain que les tribunaux reconnaissent les reproductions techniques, à l'intérieur de la machine, comme des reproductions au sens de la législation sur le droit d'auteur. Cette lacune constituait d'ailleurs la principale préoccupation de l'OMPI dans l'élaboration du projet de traité³³. Il convient d'ajouter que le régime des créations de salariés en droit d'auteur semblait inadapté à l'industrie du logiciel, et que la durée de protection semblait excessive.

B. Contenu : propositions pour un droit spécifique

Les propositions de l'INPI et de l'OMPI tenaient à la création d'un régime juridique spécifique qui n'était pas destiné à remplacer le droit existant en droit d'auteur et en droit des brevets : le nouveau régime devait se situer entre (ou à côté de) chacun des deux piliers de la propriété intellectuelle sans s'y substituer³⁴.

En France, la possibilité de breveter un procédé industriel, dont une des étapes consistait en un programme d'ordinateur, issue de la jurisprudence Schlumberger³⁵, ne devait pas être remise en cause³⁶. Il en était de même concernant le droit d'auteur : les programmes dont l'expression formelle était originale pouvaient recevoir sa protection, en fonction de l'interprétation qu'en ferait la jurisprudence. En conséquence, pour l'INPI, il s'agissait de créer « *un système complémentaire renforçant la protection disponible par les deux voies de droit privatif [...]* », ce système étant optionnel et non exclusif du recours

³⁰ *Ibid.*, p. 10 ; Rapport du groupe de travail constitué auprès de l'INPI, *Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions*, op. cit., p. 385.

³¹ R. H. Stern, « La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats Unis d'Amérique », art. préc., spéc. p.160 et s. ; P. Samuelson, « Creating a new kind of intellectual property : applying the lessons of the chip law to computer programs », art. préc., p. 525 et s.

³² *Ibid.*, p. 173 et s. ; P. Samuelson, et al., « *A Manifesto Concerning The Legal protection Of Computer Programs* », art. préc., p. 2342.

³³ OMPI, *Mesures destinées à renforcer la coopération internationale dans le domaine de la protection juridique du logiciel – Rapport du Bureau international*, LPCS/1/2, 1979, p. 3.

³⁴ Comp., interrogatif sur ce point : R. H. Stern, « La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats Unis d'Amérique », art. préc., spéc. p.195 ; A. Dietz, « Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system », art. préc., spéc. p. 75.

³⁵ CA Paris 15 juin 1981, *Schlumberger*, *PIBD* 1981, III, p. 175 ; v. aussi TGI Paris, 21 septembre 1983, *JCP* 1984, II, 20249, à propos d'une calculatrice : l'intégration matérielle d'un logiciel dans un produit n'empêche pas la brevetabilité de l'ensemble.

³⁶ Rapport du groupe de travail constitué auprès de l'INPI, *Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions*, op. cit., p. 387.

aux autres techniques de protection³⁷.

L'OMPI se positionnait dans cette même optique de complémentarité du nouveau droit avec le droit d'auteur et le droit des brevets, tant dans ses dispositions types de 1978³⁸ que dans son projet de traité³⁹.

1) Un droit de brevet spécifique : la proposition de l'INPI

Quant à l'accès à la protection, l'INPI proposait de s'inspirer du critère de non-évidence pour l'homme du métier, qui pouvait résulter des algorithmes ou de combinaisons d'algorithmes connus. Aucun examen quant au fond ne serait réalisé⁴⁰. S'agissant des conditions de forme, un dépôt aurait été constitutif de droit, sans que soit résolue la question de savoir si le code source devait être inclus.

Quant aux droits conférés, ils permettaient d'interdire la copie, la traduction, la mise en vente ou la location, mais aussi, ce qui est plus original et spécifique à l'objet, l'utilisation (« matérielle ou intellectuelle ») du logiciel, ou encore sa divulgation.

Le dépôt permettait de donner date certaine au logiciel et aurait entraîné une présomption de propriété au profit du déposant.

2) Un droit d'auteur spécifique : le projet de l'OMPI

Le projet de l'OMPI s'inspirait plus du droit d'auteur que la proposition de l'INPI, qui relevait d'un modèle de propriété industrielle. En témoigne la détermination des conditions d'accès la protection : le logiciel doit être « original ». Mais, dans ce cadre particulier, cette originalité n'est pas la notion personnaliste du droit d'auteur français : elle est « *le fruit du travail intellectuel de son créateur* »⁴¹. Cela signifie que le logiciel doit avoir pour origine son créateur (« personnel ») tout en ayant nécessité un certain investissement (« travail intellectuel »).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 9 : « *La présente loi n'exclut nullement, en ce qui concerne la protection du logiciel, l'application des principes généraux du droit ou l'application de toute autre loi, comme celles sur les brevets, sur le droit d'auteur ou sur la concurrence déloyale* ».

³⁹ OMPI, *Projet de traité sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 2 : « *... les dispositions du présent traité n'affectent pas la protection plus étendue prévue dans les législations nationales ou d'autres traités internationaux* ». La note explicative vise expressément la Convention de Berne au titre des « protections plus étendues ».

⁴⁰ V. p. ex., se prononçant dans le sens d'un dépôt constitutif de droit mais sans examen : E. Galbi, « *Proposal for New Legislation to Protect Computer Programming* », art. préc., spéc. p. 284 et s.

⁴¹ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 3. Aucun critère n'est mentionné dans le projet de traité de 1983, ce qui laisse à penser que tout logiciel, quel qu'il soit, est protégé, ou bien que les États devaient être libre de se déterminer sur ce point. Le bureau international avait, pourtant, envisagé de reprendre les dispositions types sur ce point (OMPI, *Mesures destinées à renforcer la coopération internationale dans le domaine de la protection juridique du logiciel*, *op. cit.*, p. 7, point 1), de même que le groupe d'expert (LPCS/1/4, 30 nov. 1979, n° 36).

S'agissant du droit d'interdire, il doit permettre au titulaire de se réserver le droit d'utiliser le logiciel, de le divulguer, de le copier, et de l'offrir à la vente⁴². Sa durée était prévue pour 20 ans au minimum⁴³.

Quant à la question de savoir si un système de dépôt, obligatoire ou facultatif, devait être instauré, il n'a pas été retenu bien que « d'importants arguments militaient en sa faveur »⁴⁴. Mais cela relevait sans doute trop d'une logique de droit des brevets, qui ne constituait pas la source d'inspiration de l'OMPI⁴⁵, et la faisabilité pratique d'un système de dépôt centralisé laissait sceptique⁴⁶.

Les tentatives et propositions de création d'un droit spécifique pour le logiciel présentaient quelques variations. Mais il est clair qu'elles se fondaient sur des arguments réels et importants. Pourtant, le « "forcing" américain »⁴⁷, qui fit abandonner au Japon et au Brésil leurs propres projets de loi spécifiques⁴⁸, conduisit la France, puis l'Europe, à adopter la protection par le droit d'auteur. Cela nécessita une adaptation profonde des droits préexistants.

II. L'adaptation profonde des droits préexistants

Ce sont des considérations d'opportunité qui ont commandé la mise à l'écart du droit spécifique et que la protection privative pour les logiciels soit réalisée par un rattachement au droit d'auteur. L'outil juridique était immédiatement disponible au niveau international et avait la faveur des industriels : l'opportunité économique a été préférée à l'orthodoxie juridique⁴⁹.

Droit d'auteur et droit des brevets ont dû, du fait des spécificités de l'objet à appréhender, s'adapter à cet objet. La question qui, dès lors, se pose est celle de l'évaluation de la profondeur de ces adaptations⁵⁰ : il peut s'agir d'une nouveauté superficielle, mais la zone profonde peut également être concernée⁵¹. En d'autres termes, les nouveautés apportées par les adaptations du Droit sous l'influence de l'émergence d'un objet d'un genre particulier se doivent d'être caractérisées. Concernant le logiciel, l'importance des adaptations (A) conduit à interroger la qualification de sous-catégories *sui generis* (B).

⁴² OMPI, *Projet de traité sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 4 ; OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 5.

⁴³ OMPI, *Projet de traité sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, article 5.

⁴⁴ OMPI, *Mesures destinées à renforcer la coopération internationale dans le domaine de la protection juridique du logiciel*, *op. cit.*, n° 16.

⁴⁵ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, *op. cit.*, n° 12.

⁴⁶ « La création d'un tel système soulèverait des problèmes considérables sur un plan administratif et technique » : Rapport adopté par le groupe d'expert, LPCS/I/4, 30 nov. 1979, n° 45.

⁴⁷ M. Vivant *et al.*, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, Paris, 2010, n° 147.

⁴⁸ A.R. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2010, n° 202.14.

⁴⁹ A. Lucas, « Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées. Logiciels », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 1^{er} janv. 2003, fasc. 1160, n° 9.

⁵⁰ F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. « CEIPI », Paris, 2011, n° 220 et s.

⁵¹ V. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 2002 (1956), p. 50-51.

A. Profondeur des adaptations

1) Conditions de la protection

Concernant le droit d'auteur, le critère d'originalité a subi un infléchissement important pour pouvoir être appliqué au logiciel. Ainsi, les premières décisions jurisprudentielles acceptant la protection du logiciel par le droit d'auteur ont cherché naturellement à transposer le critère d'originalité tel qu'entendu classiquement, c'est-à-dire l'« *empreinte de la personnalité* » de l'auteur⁵². Mais la nature technique et fonctionnelle du logiciel recèle des difficultés pour adapter la notion comprise aussi subjectivement. La « *marque de la personnalité* » du créateur⁵³ est alors recherchée, le « *caractère personnel imprimé* » par le concepteur au logiciel⁵⁴ mis en évidence. Par analogie avec l'œuvre du traducteur ou de l'auteur d'anthologie, les juges ont pu retenir l'originalité du logiciel dès lors que son créateur a eu « *à choisir entre divers modes de présentation et d'expression* »⁵⁵. Le critère de l'existence d'un choix vint au premier plan, et l'originalité peut être reconnue dès lors que « *sa composition et son expression all[ait] au-delà d'une simple logique automatique et contraignante* »⁵⁶. La référence pouvait également être faite à la personnalité du créateur en relevant son « *apport personnel* »⁵⁷. Ces « *tentatives faites pour adapter le contenu de l'originalité au sens qu'on lui assigne traditionnellement* »⁵⁸ ne peuvent masquer un affadissement de la condition d'originalité par son objectivisation, consacrée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

En effet, malgré certaines réticences initiales, la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt Pachot⁵⁹, allait modifier sensiblement son interprétation de la notion d'originalité pour un logiciel⁶⁰. L'originalité du logiciel est définie comme « *la marque de l'apport intellectuel* » de l'auteur. Et la comparaison avec l'expression, parfois utilisée, d'« *effort personnel* » montre bien l'objectivation à laquelle les magistrats ont procédé : une analyse tournée vers le résultat obtenu plus que vers le processus créatif. Le Président Jonquères affirmait d'ailleurs que « *la nouveauté est recherchée officieusement,*

⁵² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, n° 3.

⁵³ CA Paris, 4e ch. A, 2 nov. 1982, *D.* 1982, inf. rap. p. 481 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 117, note J. R. Bonneau ; TGI Paris, réf., 14 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 468 ; *D.* 1983, inf. rap. p. 308.

⁵⁴ T. Com. Paris, 18 nov. 1980, *Expertises* 1982, n°39, p. 74.

⁵⁵ T. Com. Paris, 18 nov. 1980, préc.

⁵⁶ CA Paris, 4^e ch. A, 2 nov. 1982, préc. ; TGI Paris, réf., 14 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 468 ; *Dalloz* 1983, IR, p. 308 : « [...]son élaboration, originale dans sa conception, son architecture et son expression, porte la marque de son auteur, au-delà des contraintes de la seule logique ».

⁵⁷ TGI Paris, 1^{er} ch., 21 sept. 1983, *Dalloz* 1984, p. 77, note C. Le Stanc ; *JCP G* 1984, II, 20249, note J.-M. Wagret : « *L'apport personnel du créateur de programme d'ordinateur est déterminant dans le résultat obtenu* ».

⁵⁸ A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, thèse Montpellier, 1997, p. 319.

⁵⁹ Cass. A.P. 7 mars 1986, *Babolat c/Pachot*, *JCP E*, 1986, II, 14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *RIDA* juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

⁶⁰ V. p. ex. : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Précis Droit Privé, Paris, 2009, n° 218.

inconsciemment, en matière de droit d'auteur là où elle l'est officiellement, délibérément, en matière de brevet»⁶¹. Dès lors, le malaise est palpable dans les motivations des juges⁶². Les uns tentent de rester fidèles à la notion classique d'empreinte de la personnalité de l'auteur, tout en se référant à la notion édictée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les autres prennent plus de distance par une approche clairement objective, en recherchant explicitement la nouveauté, ou en constatant les performances du logiciel. Le législateur européen, dans la directive de 1991⁶³, n'a pas tranché la difficulté. D'un côté, il opte pour une conception objectivée en prévoyant qu'un « *programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur* » (art. 1.3). De l'autre, il décide que « *les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* » (art. 1.1).

Concernant le brevet, la source essentielle opérant l'adaptation des conditions d'accès à la protection est l'Office européen des brevets. Les décisions des chambres de recours de l'Office, à propos de l'exclusion des « programmes d'ordinateur », sont nombreuses et complexes. Elles peuvent être synthétisées à partir des réponses apportées dans un important avis G3/08 de la Grande chambre des recours⁶⁴, qui offre une grille de lecture éclairante des problématiques actuelles quant à la brevetabilité des « inventions mises en œuvre par ordinateur ». L'exclusion des « programmes d'ordinateur » est formulée pour un programme « en tant que tel ». Ainsi, une revendication sera jugée brevetable dès lors qu'elle a pour objet la résolution d'un problème technique, même si celle-ci est réalisée grâce à l'utilisation d'un programme d'ordinateur⁶⁵ : c'est une « invention mise en œuvre par ordinateur ». En ce sens, des décisions ont exigé que soit présent un « *effet technique supplémentaire, allant au-delà des interactions physiques "normales" entre programme (logiciel) et ordinateur (matériel)* »⁶⁶. La décision *Hitachi* précitée semble pour sa part se contenter de l'existence de « moyens techniques »⁶⁷. L'important est en réalité de déterminer ce que l'on veut entendre par « effet technique ». Classiquement, celui-ci implique un effet physique, le point

⁶¹ Rapport sous Ass. Plén., 7 mars 1986, *RDPI* 1986, n° 3, p. 206.

⁶² M. Vivant et al., *Lamy Droit du numérique*, Lamy, Paris, 2018, n° 22 : « Force est de constater un assez fort désarroi jurisprudentiel ».

⁶³ Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, *JOCE*, 17 mai 1991.

⁶⁴ Grd. Chb., 12 mai 2010, aff. G 3/08, *Opinion of the Enlarged Board of Appeal in relation to a point of law referred by the President of the European Patent Office pursuant to Article 112(1) (b), EPC*, 2010 ; F. Macrez, « Logiciel et brevetabilité : "Recherche clarité désespérément"... — Brèves observations sur la saisine G3/08 de la Grande chambre de recours de l'Office européen des brevets », *RLDI*, 2009, 51, Éclairage, 1663, p. 11.

⁶⁵ T 208/84, préc. ; T 115/85, 5 sept. 1988, *Invention concernant un programme d'ordinateur / IBM, JO OEB*, 1990, p. 30.

⁶⁶ T 1173/97, préc. ; T 935/97, 4 février 1999, *Computer program product II/IBM*, non publiée, points 6 et s. V. aussi (et déjà) : T 22/85, préc.

⁶⁷ T 258/03, préc.

commun des exclusions étant d'être abstraites et « non physiques »⁶⁸. La décision « Microsoft » de 2006 a, quant à elle, retenu qu'il existait un effet technique s'agissant de structures de données facilitant l'échange de données entre plusieurs applications logicielles⁶⁹. En outre, des informations codées ont pu être considérées comme des entités brevetables⁷⁰, ce qui semble bien traduire une certaine dilution du critère⁷¹. Au final, l'évolution de la condition de caractère technique de l'invention revendiquée va dans le sens d'un allègement de l'exigence, destiné à recevoir plus facilement le logiciel dans le champ de la brevetabilité. Et cette tendance se vérifie également du point de vue des conditions de forme.

S'agissant des conditions de forme, en effet, la pratique a évolué vers une acceptation des revendications de produit, soit de l'ordinateur sur lequel le programme est chargé, soit du support d'enregistrement, alors que le programme d'ordinateur est par nature un procédé de traitement de l'information. Ainsi, la décision T 424/03⁷², pour accepter la délivrance d'un brevet portant sur une méthode mise en œuvre sur un système informatique, opéra la distinction entre une telle méthode et un programme d'ordinateur⁷³. Tandis que la décision T 1173/97 examinait la fonction, technique ou non, du programme, qui n'existe que lorsque le programme est exécuté sur la machine, la décision T 424/03 considère que la revendication d'une méthode n'était pas équivalente à une revendication de programme. La Grande chambre de recours a estimé, dans l'affaire G3/08, qu'il s'agissait d'une évolution de la pratique de l'office et non d'une divergence, approuvant donc implicitement la décision la plus récente⁷⁴. En réalité, il est clair que la forme de la revendication ne doit pas primer sur le fond, puisque cela permettrait au rédacteur de contourner une exigence de fond par une simple astuce rédactionnelle⁷⁵. Ainsi, l'indifférence de la forme des revendications est nécessaire, car, à défaut, elle constituerait une « *limitation purement artificielle* »⁷⁶ de la portée de l'exclusion.

⁶⁸ V. p. ex., outre les décisions citées *supra*, T 163/85, préc. : « *the exclusion might be arguably generalised to subject-matter which is essentially abstract in character, which is non-physical and therefore is not characterised by technical features in the sense of Rule 29(1) EPC* ».

⁶⁹ T 424/03, préc. V. aussi : T 125/04, préc.

⁷⁰ T 163/85, préc. ; T 1194/97, 15 mars 2000, *Produit matérialisant une structure de données / Koninklijke Philips Electronics, JO OEB*, 2000, p. 525 ; T 769/92, préc. ; T 1177/97, 9 juill. 2002, *Translating natural languages/Systran*, non publiée.

⁷¹ V. F. Macrez, « Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits », Lexis Nexis Litec, coll. CEIPI, Paris, 2011, n° 168.

⁷² T 424/03, 23 février 2006, *Clipboard formats I/Microsoft*, non publiée.

⁷³ Point 5.1 des motifs : « *The claim category of a computer-implemented method is distinguished from that of a computer program. Even though a method, in particular a method of operating a computer, may be put into practice with the help of a computer program, a claim relating to such a method does not claim a computer program in the category of a computer program* ».

⁷⁴ G 3/08, préc., point 6 du sommaire : « *this is a legitimate development of the case law and there is no divergence which would make the referral of this point to the Enlarged Board of Appeal by the President admissible* ».

⁷⁵ F. Macrez, « Logiciel et brevetabilité : « Recherche clarité désespérément » ... — Brèves observations sur la saisine G3/08 de la Grande chambre de recours de l'Office européen des brevets », art. préc., n° 10.

⁷⁶ Association des Praticiens Européens des Brevets, « Contribution Amicus Curiae G3/08 », (www.epo.org).

2) Mise en œuvre de la protection

S'agissant du droit d'auteur, plusieurs éléments de son régime juridique ont dû être adaptés par les textes.

La question de la titularité, tout d'abord : si le créateur de logiciel indépendant bénéficie du droit commun du droit d'auteur, la titularité des droits de l'auteur salarié a dû, eu égard à la spécificité de l'objet, être aménagée. L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, résultant de la loi de 1994⁷⁷, dispose que « *les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créée par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à l'exercer* ». Cela marque bien la logique économique et industrielle présidant au régime de la protection du logiciel, et tranche avec un principe fondamental du droit d'auteur français selon lequel l'œuvre appartient à son auteur.

Ensuite, les droits patrimoniaux connaissent, eux aussi, des aménagements. Ainsi la définition de la notion de reproduction est plus large que celle connue classiquement⁷⁸ : il s'agit notamment de la « *reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou en partie par tout moyen et sous toute forme* »⁷⁹. L'exception de copie privée est supprimée au profit d'une notion plus restrictive : la « *copie de sauvegarde* »⁸⁰. La force du monopole est, par ailleurs, amoindrie par la loi. D'une part, la reproduction et l'adaptation sont permises « *lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs* »⁸¹. D'autre part, la décompilation, ou ingénierie inverse, est autorisée à certaines conditions par l'article L.122-6-1, IV du Code lorsqu'elle est « *indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité [...]* ».

Enfin, d'autres aménagements, plus substantiels encore, ont été réalisés à propos des droits moraux. Bien que le droit moral représente une « *composante essentielle du droit d'auteur français* », il est, s'agissant du logiciel « *réduit à la portion congrue* »⁸². En effet, l'auteur du logiciel ne peut s'opposer à sa modification qu'en cas d'atteinte à son honneur ou à sa réputation⁸³. Le droit de repentir ou de retrait ne peut être exercé⁸⁴. S'il n'est rien dit du droit de divulgation, il est possible d'envisager qu'il subsiste. Mais cela est difficilement soutenable dès lors qu'en vertu de l'article L. 113-9 du Code, le

⁷⁷ Mais la loi de 1985 prévoyait une disposition analogue, la dévolution à l'employeur. Le texte de 1994 y a ajouté, en conformité avec la directive de 1991 qu'il transpose, l'idée d'habilitation.

⁷⁸ Cela conduit à estimer qu'il s'agit d'une définition « dérogatoire du droit commun » : A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, Paris, 2001, n°544, p. 329.

⁷⁹ Art. L.122-6-1 du CPI.

⁸⁰ Art. L.122-6-1, II du CPI : « *La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* ».

⁸¹ Art. L.122-6-1, I al.1^{er} du CPI.

⁸² A. Lucas, « *Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées. Logiciels* », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 1^{er} janvier 2003, fasc. 1160, n°17 (pour les deux citations).

⁸³ Art. L.121-7, 1^o du CPI.

⁸⁴ Art. L.121-7, 2^o du CPI.

logiciel est mis à disposition de l'employeur. Il ne resterait ainsi, parmi les composantes du droit moral, que le droit au nom⁸⁵.

S'agissant du droit des brevets, la situation est fondamentalement différente, puisqu'aucun régime juridique n'a été prévu par le législateur. En réalité, s'il est possible d'imaginer des adaptations, en pratique, quant à la manière dont doit être menée l'action en contrefaçon ou de concevoir les appareils contractuels, le trait principal du régime juridique du brevet portant sur un logiciel est d'être inexistant pour cause d'illégalité ! En effet, et à s'en tenir au droit positif français, force est de constater qu'aucun de ces brevets ne résiste à l'examen du juge. Ainsi, et pour ne retenir que les décisions les plus récentes⁸⁶, le tribunal de grande instance de Paris a-t-il, en 2013, annulé un brevet concernant un « *procédé et appareil pour l'accès à l'information sur des programmes de télévision* »⁸⁷. Il a notamment estimé que « *la simple intervention de ces considérations techniques générales dans le corps des revendications ne suffit pas à conférer un caractère technique à l'invention qui ne porte aux termes même du brevet que sur une présentation d'information* », ajoutant, de manière quelque peu abrupte, qu'un programme d'ordinateur « *n'est pas [...] une caractéristique brevetable en elle-même* ». Dans le même sens de l'invalidation de la pratique de l'OEB se situe une décision *Orange c/ Free* de 2015⁸⁸, dans laquelle le juge annule le brevet en cause de manière particulièrement nette, laissant même transparaître un certain agacement à travers sa plume⁸⁹. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Exalead*⁹⁰, a annulé un brevet intitulé « *Outil et procédé de recherche unifiée en utilisant des catégories et des mots-clés* », système s'appliquant notamment à des recherches sur Internet : « *l'invention consiste dans la présentation d'une méthode intellectuelle de recherche d'informations selon un procédé de combinaison de mots clés et de catégories qui n'est pas caractérisé*

⁸⁵ CA Douai 1^{er} juill. 1996, *JCP E* 1997, I, 657, n°1, obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; *PIBD* 1997, 627, III, p. 129.

⁸⁶ V., dans le présent ouvrage, la contribution de M. Dhenne, « L'appréciation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur par les juridictions françaises », *supra*.

⁸⁷ TGI Paris, 7 juin 2013, n° 10/08326 ; *PIBD* 2013, n° 991, III, p. 1421 ; *RLDI* 2014/108, n°3575, obs. M. Dhenne.

⁸⁸ TGI Paris, 18 juin 2015, n° 14/05735, *SA Orange c/ SAS Free et SAS Freebox : JurisData* n° 2015-024803 ; C. Le Stanc, *Prop. industr.* 2015 n°11, alerte 80 ; J. Raynard, « Un an de droit des brevets », *Prop. industr.* 2015, chron. 11 ; v. aussi : TGI Paris, 18 novembre 2016, *Xaga c/ Ewala*, RG n°13/11351 ; CA Paris, 9 sept. 2005, *Malemont et Ordipat c./ Directeur de l'INPI*, RG n°00/12397.

⁸⁹ « *L'article 52 de la CBE est parfaitement clair et ne nécessite aucune interprétation : les programmes d'ordinateurs en tant que tels sont exclus de la brevetabilité et ce, pour la raison qu'ils sont couverts par le droit d'auteur. Il ne peut être prétendu comme seul moyen pour s'opposer à la demande de nullité de ces deux revendications que la pratique de l'OEB, qui admet des revendications de programmes d'ordinateur en les baptisant "programmes-produits". En effet, il ne peut être admis qu'un simple artifice de langage permette de délivrer des brevets contra legem. La délivrance de brevets pour des programmes d'ordinateur, fussent-ils dénommés programmes produits, n'est en effet soutenue par aucun texte ou par aucune difficulté d'interprétation de la CBE et au contraire ceux-ci sont clairement exclus en tant que tels de la brevetabilité* ».

⁹⁰ CA Paris, 16 déc. 2016, n° 14/06444, *Dassault Systèmes c/ Sinequa : JurisData* n° 2016-027594 ; *PIBD* 2017, n° 1065, III, p. 74 ; M. Dhenne, « L'affaire Exalead ou de l'usage du caractère technique comme d'un pot-pourri », *Prop. ind.* 2017, étude 20.

techniquement de sorte qu'elle n'est pas brevetable ».

L'analyse de ces quelques décisions ne permet pas de dégager une tendance quant à la méthode d'interprétation, bien au contraire. En revanche, la fermeté quant à l'invalidation des brevets de programmes et, partant, de la pratique de l'OEB est constante. Au final, la situation est pour le moins originale et, à notre avis, quelque peu malsaine : une pratique bien ancrée de l'administration des brevets permet la prise de brevet, qui sont pourtant systématiquement annulés par le juge judiciaire, lequel n'admet pas une telle pratique à l'issue de motivations variables et sans grande cohérence. Un tel contexte paraît propre à justifier une intervention législative⁹¹.

Le cas particulier de la mise en œuvre effective des droits concernant un brevet de programme mis à part, son traitement sur mesure de la part des offices de brevet quant à l'accès à la protection, ainsi que la profondeur des adaptations apportées au droit d'auteur conduisent à constater que, en réalité, nous sommes en présence de sous-catégories *sui generis* au sein de chacun des deux piliers de la propriété intellectuelle.

B. Des sous-catégories *sui generis* ?

Le constat de l'importance des adaptations implique de caractériser un droit d'auteur *sui generis* ainsi qu'un brevet *sui generis*. Cela se vérifie autant à l'issue d'une analyse substantielle des droits (1.), que d'une analyse formelle des textes qui les fondent (2.).

1) Analyse substantielle

S'agissant du droit d'auteur, et du point de vue de la teneur des droits, le constat dressé de la profondeur des adaptations doit conduire à considérer qu'il s'agit d'un droit *sui generis*. Les spécialistes ne s'y sont pas trompés, même si un certain embarras se manifeste par la fluctuation de la terminologie utilisée pour cette institution juridique substantiellement originale, mais formellement rattachée au droit commun. Ainsi, ce droit a été qualifié de « *droit d'auteur très spécifique* »⁹², ou de « *droit d'auteur sui generis* »⁹³, la qualification de protection *sui generis* se retrouvant d'ailleurs dans une perspective de droit comparé⁹⁴. En réalité, nous sommes face à un « *droit d'auteur* » qui n'est plus lui-même⁹⁵. Cela explique que, de manière plus radicale, cette protection particulière a pu être rangée parmi les droits de propriété industrielle. Ainsi, les professeurs Le Stanc et Vivant affirment que « *le droit sur les logiciels n'est qu'un droit industriel masqué par une*

⁹¹ *Infra*, III.

⁹² M. Vivant *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, Lamy, Paris, 2018, n° 300.

⁹³ A. Strowel, « La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis* ? », *RIDA* 1995, 164, p. 173, spéc. p. 175.

⁹⁴ V. H. Cohen Jehoram, « Œuvres hybrides à la limite entre le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle », *Droit d'auteur et propriété industrielle, ALAI - Congrès de la Mer Egée II* 1991, p. 281, spéc. p. 290.

⁹⁵ M. Vivant *in* ERCIM, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, Paris, 1998, p. 52 et 53.

apparence de propriété littéraire et artistique »⁹⁶, ou la professeure Schmidt faisant figurer la construction légale au sein des « *droits voisins du brevet d'invention* »⁹⁷, qualification qui a pu être retenue par certains magistrats⁹⁸.

Ces qualifications sont à l'évidence justifiées, et il convient de clairement mettre en évidence le caractère *sui generis* de ce droit. En effet, les adaptations que nous avons constatées sont tellement importantes qu'il ne reste plus rien du droit commun du droit d'auteur : le critère de qualification, socle fondamental pour la constitution d'une catégorie, est radicalement différent de celui employé traditionnellement, et le régime juridique n'a qu'un rapport très ténu avec le véritable droit d'auteur. La requalification en droit *sui generis* permet de retrouver un semblant de cohérence à la matière, en rejetant, au moins conceptuellement, le corps étranger qui présente le risque d'affecter le système en son entier. Car l'antilogie consistant à affirmer un droit conçu par référence au droit commun en lui assignant un contenu intégralement spécifique n'est évidemment pas acceptable⁹⁹. En réalité, le seul point commun qui, à l'analyse, subsiste, est sa codification. Dès lors, au-delà d'une requalification purement conceptuelle, il faudra s'interroger sur l'intérêt qu'il pourrait y avoir à prendre acte formellement de ce particularisme¹⁰⁰.

S'agissant du brevet, le cas des inventions mises en œuvre par ordinateur est très différent. L'invalidation de la pratique de délivrance des offices ne saurait à l'évidence conduire à la reconnaissance d'un droit *sui generis*... même s'il s'agit d'une particularité notable. Cela mis de côté, il est possible de considérer les spécificités substantielles du brevet de programme, ce qui conduit à la conception d'une sous-catégorie *sui generis*. En effet, la construction sophistiquée de l'OEB a bien été, depuis la décision *Vicom*¹⁰¹, façonnée sur mesure pour l'objet programme d'ordinateur. De fait, la méthode d'interprétation de l'invention dans son ensemble, l'exigence centrale de contribution technique, le sens même à donner à l'exigence de caractère technique, ou encore la notion de moyen technique sont autant d'interprétations du texte qui créent un droit propre à l'exception « programme d'ordinateur ». Mais le droit des brevets apparaît bien plus habitué à l'élaboration de sous-ensembles conçus en fonction de l'objet auquel il

⁹⁶ M. Vivant et C. Le Stanc, obs. sous CA Douai 1^{er} juill. 1996, *JCP E* 1991, I, n° 657, n°1.

⁹⁷ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007, p. 132 et s., estimant que le logiciel « est soumis à un régime "hybride", empruntant largement au droit des brevets d'invention tant à propos des conditions, que des effets de la protection » ; P. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTDCom* 2009, p. 323

⁹⁸ TA Lyon 21 nov. 1994, *JCP E* 1995, pan. 930 ; *Juris-Data* n° 052229 ; *JCP E*, n° 21, 23 mai 1996, 559, obs. M. Vivant et C. Le Stanc : à propos de logiciels standards, « ces logiciels doivent être rangés parmi les droits de propriété industrielle composant le fonds de commerce » pour l'application de la loi fiscale.

⁹⁹ P. Sirinelli, « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 401 : « N'y a-t-il pas contradiction à proclamer qu'un programme d'ordinateur est une œuvre littéraire pour aussitôt le soustraire au régime applicable à ces dernières ? Comment rechercher encore ne serait-ce qu'un soupçon de cohésion générale ? Le raisonnable s'apparente ici à de la résignation ».

¹⁰⁰ *Infra*, partie III.

¹⁰¹ C.R.T. 3.5.1, 15 juill. 1986, T 208/84, *Vicom*, *JO OEB* 1987, n° 14.

s'applique, et les interprétations des offices sont adaptatives par nature. Ainsi, la dénomination de *sui generis* n'apporte rien à une construction qui s'adapte à l'objet auquel elle s'applique, ce qui, formellement, se retrouve dans la structure des directives d'examen.

2) Analyse formelle

Du point de vue formel, il convient de vérifier si et de quelle manière la spécificité de la sous-catégorie *sui generis* est prise en compte.

Du côté du droit d'auteur, la place du logiciel dans la structure de la loi a évolué. En France, au cours de l'élaboration du projet de la loi de 1985, il était expressément prévu de créer un droit voisin octroyant des « *prérogatives connexes au droit d'auteur* »¹⁰². Sans le nommer ainsi, la loi opéra un rattachement au droit d'auteur, avec une certaine autonomie : les dispositions relatives au logiciel figuraient dans un Titre séparé de la loi de 1957. Cela pouvait raisonnablement laisser penser que le législateur avait entendu créer un droit voisin du droit d'auteur¹⁰³, ce que la lecture des travaux préparatoires vient confirmer explicitement¹⁰⁴. C'est la loi de codification du 1^{er} juillet 1992 qui est venue diluer les dispositions relatives à la protection du logiciel dans le droit commun du droit d'auteur. Ainsi, la codification, en principe à droit constant, n'a pas respecté l'objectif de neutralité qui participe de son essence¹⁰⁵. Le cas du logiciel est particulièrement exemplaire de cette difficulté de l'entreprise de codification¹⁰⁶. Il est vrai que, de manière générale, la technique du "droit constant" est en pratique difficile à respecter¹⁰⁷. Le choix

¹⁰² C. Jolibois, *Rapport au nom de la commission spéciale, n°212*, Procès-verbal de la séance du 24 janvier 1985, Paris, 1985, p. 68 et s., spéc. p. 72.

¹⁰³ A. Françon, « Code de la propriété intellectuelle », *RTD Com.* 1992, chron., p. 610, p. 613 : la place des dispositions relatives au logiciel « mettait en relief le particularisme de leur régime au regard du droit commun du droit d'auteur, ce qui avait conduit certains à se demander si, en réalité, la loi de 1985 n'avait pas accordé aux programmeurs un droit voisin plutôt qu'un véritable droit d'auteur sur leurs programmes ».

¹⁰⁴ C. Jolibois, *Rapport au nom de la commission spéciale, n°212*, Procès-verbal de la séance du 24 janv. 1985, Paris, 1985, p. 55 : « Il ne semble guère possible d'insérer dans la loi du 11 mars 1957 les correctifs qui s'imposent [pour protéger les logiciels] sans dénaturer la philosophie de la loi. [...] Il ne paraît pas, en effet, souhaitable d'assimiler purement et simplement les programmes d'ordinateur aux œuvres d'art, car cela obligerait à prendre des libertés dangereuses avec les fondements mêmes de la propriété littéraire ».

¹⁰⁵ V. G. Timsit, « La codification : transcription ou transgression de la loi? », *Archipel de la norme*, PUF, Les voies du droit, Paris, 1997, p. 145 et s., p. 149 : « La codification se veut, en effet, pure et simple transcription de la loi : écriture, réécriture d'une loi qui a déjà été écrite et que le codificateur se contente de transcrire de manière à la reproduire sans modification aucune de sa portée et de son contenu. Conception neutre d'une codification neutre qui, à l'origine, s'est imposée à la Commission supérieure de codification ».

¹⁰⁶ R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, Paris, 2002, p. 198 ; V.-L. Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La documentation française, IRPI, Paris, 1998, p. 119, n° 132 (« En particulier, pour le logiciel, le codificateur est allé au-delà d'un couronnement ; on peut se demander si la place n'est pas usurpée. Mais la forme ici joue son rôle, et le logiciel a gagné en légitimité ») ; P. Sirinelli, « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 404 ; D. Bécourt, « Réflexions sur le projet de codification des textes sur la propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1992, Actualité Législative, p. 47.

¹⁰⁷ G. Timsit, « La codification : transcription ou transgression de la loi? », *Archipel de la norme*, PUF, Les voies du droit, Paris, 1997, p. 145 et s., p. 151 : « La vérité est que toute opération de

de la dilution du droit voisin dans le droit commun a été réalisé par la Commission supérieure de codification, et bien qu'il ait été formellement validé par le législateur, il est possible de se demander s'il a été effectué de manière totalement éclairée. Ce choix est, par ailleurs, étonnant eu égard au fait qu'au moment des travaux de la Commission, la directive communautaire votée en 1991¹⁰⁸ prévoyait de nombreuses dérogations aux dispositions générales du droit d'auteur.

Au niveau européen, les choses sont plus nettes puisque les textes sont formellement distincts. L'apport de la jurisprudence de la Cour de justice est important quant au statut de la directive de 1991 au regard du droit d'auteur dans son ensemble. Pour affirmer le statut de droit spécial, la construction prétorienne a identifié la directive 2001/29¹⁰⁹ comme constituant la «*protection du droit d'auteur de droit commun*»¹¹⁰, dotant ainsi le droit d'auteur européen d'une «*colonne vertébrale*»¹¹¹. L'importante décision *SAS Institute*¹¹² a confirmé cette méthode d'interprétation, distinguant droit commun (directive 2001/29) et droit spécial (directive 1991/250 codifiée 2009/24)¹¹³. Ainsi, le droit d'auteur sur le logiciel est bien, au niveau européen, un droit spécial, qu'il n'est pas besoin de qualifier de *sui generis* puisqu'il est parfaitement identifié textuellement. À cet égard, la dénomination de *lex specialis*, adoptée par la Cour dans la décision *UsedSoft*, est parfaitement claire : «*la directive 2009/24, qui concerne spécifiquement la protection*

*codification, de quelque manière qu'elle "touche" à la norme, et malgré toutes les précautions que l'on ait pu prendre, comporte en elle-même des occasions de transgression. La transgression, c'est le dépassement des limites de la loi. Ce n'en est pas la violation. Il y a transgression quand la signification conférée à la loi, tout en restant conforme à la lettre de la loi, en ignore l'esprit » ; B. Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, coll. Droit, éthique, société, Paris, 1998 : p.65 : «*N'est-il pas contestable de conférer à la codification un caractère purement formel de simple mise en ordre du droit existant, excluant toute modification substantielle, alors que le concept de code implique une fonction réductrice et simplificatrice de reformulation du droit [...] ?* ».*

¹⁰⁸ Directive n°91/250 du 14 mai 1991, *JOCE* n° L 122, 17 mai 1991 ; *RIDA* janv. 1992, n° 151, p. 353. Directive transposée en France en 1994 : Loi n° 94-361 du 10 mai 1994, *JO* 11 mai 1994.

¹⁰⁹ Directive qui a, selon la célèbre décision *Infopaq* (CJUE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International, Rec.*, 2009, I-06569, *Com. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. Caron ; *JCP G* 2009, 272, note L. Marino ; *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 379, note V.-L. Benabou ; *WIPO Journal* 2010, 1(2), p. 197, S. Vousden ; *EIPR* 2010, 32(5), p. 247), établi un «*cadre juridique harmonisé du droit d'auteur* » (point 36).

¹¹⁰ CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace : Propr. intell.* 2011, 39, p. 205, point 44 ; note V.-L. Benabou, *Com. com. électr.* 2011, 5, comm. 42, comm. C. Caron ; *RLDI* 2011, 70, Éclairage 2294, note H. Bitan ; *Prop. ind.* 2011, 4, comm. 37, note J. Larrieu ; *RDTI* 2011, n°43, p. 51, note E. Derclaye ; *RIDA* 2011, 227, chron. P. Sirinelli ; *Computer and Telecommunications Law Review* 2011, 17(3), p. 70, L. J. Smith.

¹¹¹ V.-L. Benabou, «*Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes* », *Prop. Intell.* 2012, 43, p. 140.

¹¹² CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, RLDI* 2012, 83, p. 6, note C. Castets-Renard ; *Prop. industr.* 2012, 7-8, comm. 61, note N. Bouche ; *EDPI* n° 7, 108, obs. C. Bernault ; *JCP E* 2012 n° 31, 1489, chron. par M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *Gaz. Pal.* 215, p. 11, chron. L. Marino ; *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, note D. Gervais et E. Derclaye ; *Expertises* juill. 2012, p. 260, note M. Razavi.

¹¹³ V. F. Macrez, «*Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice* », *RIDA*, oct. 2012, p. 189-287.

juridique des programmes d'ordinateur, constitue une lex specialis par rapport à la directive 2001/29»¹¹⁴.

Du côté du droit des brevets, le traitement particulier des programmes d'ordinateur est réalisé par la Convention de Munich ainsi que par les directives d'examen de l'Office européen. La Convention, en son article 52(2), prévoit les exclusions à la brevetabilité, parmi lesquelles figurent les programmes d'ordinateur, en précisant à l'article 52(3) qu'un élément est exclu « *considéré en tant que tel* ». Au sein des directives d'examen, les programmes d'ordinateur sont traités de manière distincte, tant du point de vue de la liste des exceptions¹¹⁵ que de la méthode de rédaction des revendications¹¹⁶. En revanche, il n'y a pas de spécificité quant aux conditions de brevetabilité : l'application aux programmes d'ordinateur des méthodes d'interprétation fixées dans les directives semble se faire selon le « droit commun » des inventions brevetables.

Au final, l'analyse de l'adaptation des droits face à l'objet inédit que constitue le logiciel conduit à un résultat contrasté. Le droit d'auteur a connu une transformation radicale, à tel point qu'il est logique de voir les dispositions relatives au logiciel comme constituant un droit *sui generis*. Le droit des brevets présente une altérité plus modérée si bien qu'il est permis d'hésiter quant à une telle caractérisation : si l'évolution de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur procède bien d'une conceptualisation et d'une méthodologie spécifiques, celles-ci semblent participer de l'évolution de l'ensemble de la matière.

Le questionnement qui doit succéder à celui sur la caractérisation du droit *sui generis* porte sur la nécessité de reconnaître sa spécificité par la création d'un droit spécifique.

III. Vers des droits spécifiques ?

La question se pose de savoir si les spécificités que nous avons pu constater, et caractériser comme telles, peuvent servir, *de lege ferenda*, de ferment à un droit spécifique¹¹⁷. Il faudra vérifier l'intérêt d'une telle création en droit positif ainsi que, dans l'affirmative, imaginer quel devrait en être le contenu. La démarche doit être menée s'agissant de chacun des deux droits spécifiques concevables, l'un issu du droit d'auteur (A), l'autre du brevet (B).

¹¹⁴ CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-129/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, EDPI, 2012, 8, p. 1, note A. Lucas, points 51 et 56.

¹¹⁵ Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, nov. 2017, G-II, 3.6.

¹¹⁶ Directives, F-IV, 3.9.

¹¹⁷ Comp. : P. Samuelson, *et al.*, « *A Manifesto Concerning The Legal protection Of Computer Programs* », art. préc., p. 2406.

A. Un droit d'auteur spécifique nécessaire

1) Nécessité de la reconnaissance : un droit d'auteur dénaturé

Une première raison de reconnaître formellement un droit spécifique tient à une considération d'ordre général. En effet, les catégories *sui generis* sont, par principe, des catégories « mort-nées »¹¹⁸ destinées à être prises en compte par l'ordre juridique par la reconnaissance d'un droit spécifique¹¹⁹. Cela s'explique par la nécessité de réduire les contradictions en mettant en accord l'analyse formelle avec l'analyse substantielle. L'importance de cette démarche a été parfaitement synthétisée par Gérard Farjat : « *Accorder priorité à l'analyse substantielle, c'est envisager l'ensemble de la réalité sociale sans d'autres apriorismes juridiques que les éléments irréductibles du droit. Cette recherche doit être menée chaque fois qu'un divorce apparaît entre le fait et le droit, chaque fois qu'une contradiction apparaît au sein d'une catégorie juridique. L'analyse substantielle doit être menée jusqu'au point où une nouvelle cohérence est établie soit par une correction des catégories juridiques formelles [...], soit par l'établissement d'une nouvelle catégorie substantielle même si cette catégorie n'est pas "reconnue" par le droit formel* »¹²⁰. Une autre explication au fait que le *sui generis* est « mort-né » réside dans la considération que des modifications de surface peuvent être assimilées au prix d'une transformation de la matière. L'autre hypothèse, qui est la nôtre, est celle d'une altération plus profonde. Dans ce cas, « *si elle concerne au contraire la zone profonde, (la nouveauté) sera rejetée ou disloquera le système* »¹²¹. Il est bien évident que la solution du « rejet », c'est-à-dire de la conception d'un droit spécifique en dehors du droit d'auteur, doit être préférée à l'hypothèse de la dislocation de ce dernier...

La deuxième raison militant en faveur de la reconnaissance du droit spécifique tient au fait que la déstabilisation de la matière par l'apparition du logiciel dans son giron concerne avant tout son objet¹²², la notion d'œuvre, qui détermine de manière centrale la catégorie du droit d'auteur. En réalité, la perversion du concept d'œuvre de l'esprit est inéluctable en raison du fait que cette notion d'œuvre est construite au terme d'un raisonnement inductif¹²³. En effet, en l'absence de définition positive apportée par le texte légal, la liste

¹¹⁸ M. Painchaux, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *Revue de la recherche juridique* 2004, 3, p. 1567.

¹¹⁹ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ / Lextenso éditions, Paris, 2014 (1957), n° 567.

¹²⁰ G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF, Paris, 1971, p. 404.

¹²¹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 2002 (1956), p. 50-51.

¹²² Mais le régime juridique en est également affecté, en particulier s'agissant du concept de reproduction provisoire qui relève désormais de la notion de reproduction de droit commun. V. sur cela P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD Com.* janv./mars 2003, chron., p. 87, spéc. n° 30, p. 510.

¹²³ P. Gaudrat, « La protection des logiciels par le droit d'auteur : Bilan et perspectives », *RIDA*, oct. 1988, 138, p. 77, spéc. n° 34 : « *Étant donné que la catégorie œuvre n'est pas définie autrement que par induction, tous les caractères aberrants du logiciel au regard de la catégorie classique concourent aujourd'hui à définir l'œuvre protégeable. Il est inévitable que le logiciel soit le point de départ d'une dérive par analogie [...]* ».

exemplative de l'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle¹²⁴ donne un ensemble de propositions inductrices, les différents types d'œuvres, permettant de remonter à une proposition induite, la définition de l'œuvre de l'esprit comme création de forme originale. Or, la modification de la liste, c'est-à-dire des propositions inductrices spéciales, par l'ajout d'un élément singulier, implique nécessairement une modification de la proposition générique. Pire, c'est le raisonnement fondamental qui est modifié par l'ajout d'un élément étranger à la définition induite. En effet, celle-ci est le résultat d'une induction complète¹²⁵, qui est une forme de la déduction et constitue une preuve apodictique¹²⁶. L'ajout du logiciel, forme intégralement fonctionnelle au critère objectivé, à la liste des créations de formes protégées par le droit d'auteur produit une rupture : désormais, l'induction est amplifiante, c'est-à-dire que la définition induite s'applique à tous les éléments de la classe alors qu'elle n'a été affirmée que pour certains d'entre eux. L'induction amplifiante n'est pas une preuve logique, mais aboutit à un résultat (seulement) probable¹²⁷. L'étape suivante consiste en la modification de la définition induite pour quelle réponde à l'ensemble des éléments : le logiciel a modifié l'ensemble de la matière. Ainsi, le soubassement logique et conceptuel du droit d'auteur a été altéré et a conduit à une modification intrinsèque de la catégorie.

Cela explique et justifie pleinement les craintes quant au dévoiement du critère d'originalité¹²⁸, et quant au risque que son objectivation ressurgisse sur l'ensemble de la matière¹²⁹. Le logiciel joue ainsi le rôle de cheval de Troie du droit d'auteur¹³⁰, les adaptations réalisées pouvant contaminer le droit commun du fait de l'absence de barrière avec le droit spécifique : il « *a modifié la nature du droit d'auteur par une subversion de ses concepts fondamentaux* »¹³¹. Autrement dit, le droit d'auteur se trouve tout entier déstabilisé par cet objet étranger qui y a été inséré de manière contre nature : « *Le loup (est) dans la bergerie* »¹³²...

¹²⁴ Tout comme l'article 2(1) de la Convention de Berne.

¹²⁵ Appelée aussi induction formelle ou induction entière. Nous adoptons cette caractérisation en dépit du caractère ouvert de la liste : la définition est induite entièrement des éléments exprimés.

¹²⁶ V° « Induction » in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/Puf, 2010 (1926).

¹²⁷ M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique – Initiation à la logique et à l'argumentation*, PUF, Paris, 2001, p. 320 : « *ce raisonnement n'est pas rigoureux* ».

¹²⁸ V. p. ex. : A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 1993, 23, 3681, spéc. n° 18, p. 257, estimant que le rapprochement entre originalité et effort intellectuel est une « *dérive [...] grave, car elle peut remettre en cause les fondements du droit d'auteur français* ».

¹²⁹ G. Vercken, « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité ? », *LPA*, 6 déc. 2007, 244, p. 17, spéc. p. 21 : « *à force d'étendre le champ couvert par un système de protection, on le dilue jusqu'à ce qu'il en perde sa densité et son efficacité* ».

¹³⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Précis Droit Privé, Paris, 2009, n° 218.

¹³¹ B. Edelman, « Nature du droit d'auteur. Principes généraux », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique* 2000, fasc. 1112, n° 103 ; P. Gaudrat, « La protection des logiciels par le droit d'auteur : Bilan et perspectives », *RIDA* oct. 1988, n°138, p. 77, spéc. n° 67 : « *On protège les logiciels par le droit d'auteur, mais à y regarder de plus près, que reste-t-il de cette propriété intellectuelle ? Rien, sinon une terminologie qui, de ce fait est dévoyée* ».

¹³² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, op. cit.

La troisième raison justifiant la création d'un droit spécifique tient au fait que la reconnaissance conceptuelle d'une sous-catégorie *sui generis* (une « catégorie substantielle », selon l'expression de Gérard Farjat) est insuffisante à remédier aux problèmes posés. Il serait en effet possible de se contenter de la fiction réalisée en considérant qu'à une sous-catégorie *sui generis* correspond un critère *sui generis*, une notion de reproduction *sui generis*, une nature *sui generis*... Il serait ainsi cohérent de considérer que tout discours portant sur ce « droit d'auteur » sur le logiciel se réalise dans un univers de référence¹³³ différent. Mais ce serait ignorer les difficultés terminologiques qu'implique l'assimilation, avec toute la subversion des concepts fondamentaux du droit d'auteur qu'elles recèlent. Cela revient à créer un « double langage » qui n'est « pas sain »¹³⁴. Dès lors, il ne fait guère de doute que le particularisme de la protection juridique du logiciel doit être formellement reconnu : il s'agira simplement de « reconnaître clairement cette rupture et de cesser de s'abriter derrière le rideau des mots pour l'occulter »¹³⁵.

Au final, il ne fait guère de doute qu'une « correction des catégories juridiques formelles »¹³⁶ est nécessaire pour conserver une certaine cohérence au droit d'auteur. Il reste à se demander de quelle manière cela peut se réaliser.

2) Édification du droit spécifique

La première hypothèse, qui est une hypothèse *a minima* consiste à prendre acte de la particularité du logiciel et du droit le protégeant tout en admettant qu'il relève du droit d'auteur. Cela relèverait d'un raisonnement cantonné au droit national, qui doit respecter la directive européenne, laquelle postule une protection « par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne » (article 1.1). Finalement, cela reviendrait à un retour à la structure de la loi avant la codification : un Titre autonome au sein de la loi de 1985 à laquelle renvoyait la loi de 1957, qui pourrait être par exemple un Titre IV du Livre III du Code actuel. Cette autonomisation aurait le mérite de rendre compte de la spécificité de la sous-catégorie *sui generis* et d'être réalisable facilement tout en se faisant à « droit constant ». La démarche serait vertueuse pour l'ensemble du droit d'auteur : il pourrait retrouver une cohérence en se « dévampirisant » d'un élément étranger qui ne peut s'y intégrer qu'en sapant les fondements et en le subvertissant.

Mais cela apparaît insuffisant, en particulier car l'assimilation à l'œuvre littéraire demeure et que, partant, la perturbation, constatée, de l'ensemble de la catégorie risque de demeurer. Du reste, la jurisprudence de la Cour de justice montre bien qu'une certaine porosité persiste et qu'il faut aller plus loin dans

¹³³ V. p. ex. : M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique – Initiation à la logique et à l'argumentation*, PUF, Paris, 2001, p. 127 et s.

¹³⁴ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, p. 43 ; P. Gaudrat, « La protection des logiciels par le droit d'auteur : Bilan et perspectives », *RIDA* oct. 1988, 138, p. 77, n° 68 : « S'il ne s'agissait que de linguistique juridique, on s'accommoderait de ce que l'originalité ait deux sens, l'œuvre deux contenus, le monopole de l'auteur deux régimes mais le bilan négatif s'étend bien au-delà ».

¹³⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹³⁶ G. Farjat, préc.

la conception du droit spécifique. En effet, dans son importante décision *Infopaq*¹³⁷, la Cour a fixé comme critère, pour l'ensemble du « droit commun » du droit d'auteur, celui de « création intellectuelle propre » à l'auteur. Or celui-ci a été formulé par le législateur européen à propos de créations spécifiques telles que le logiciel, les photographies¹³⁸ ou les bases de données¹³⁹. Ainsi, la définition de la catégorie générale des œuvres de l'esprit protégées par droit d'auteur est réalisée par généralisation de catégories très spécifiques, fonctionnelles et techniques. Il est clair que les confusions seront inéluctables puisque « *le droit spécial sert de ferment conceptuel au droit général, tout en étant censé lui être dérogoire* »¹⁴⁰. Il est en conséquence bien difficile d'avaliser un tel raisonnement. Celui-ci a en particulier été rendu possible par la fiction selon laquelle le logiciel serait une œuvre littéraire.

Il convient dès lors de considérer sérieusement une seconde hypothèse qui consisterait à modifier la directive de 1991. *A minima*, pour ne pas dire à droit constant, la référence à l'œuvre littéraire et à la Convention de Berne de l'article 1.1 pourrait être supprimée¹⁴¹. Cela autoriserait les pays membres à recodifier ce droit spécifique comme un « entre-deux » inséré entre les deux grands piliers de la propriété intellectuelle¹⁴², voire comme droit de propriété industrielle en tant que « droit voisin du droit de brevet »¹⁴³.

Allant un peu plus loin dans la modification du texte, il apparaît souhaitable de préciser quel pourrait être le sens de la condition d'accès à la protection. Il pourrait être utilement ramené à une conception de l'*originality* qu'il avait à l'origine, du fait que la langue de travail de la Commission est l'anglais¹⁴⁴. Il s'agirait d'y apporter une double exigence. D'une part, la condition selon laquelle le logiciel ne doit pas avoir été copié, condition que l'on retrouve dans la décision *Feist* de la Cour suprême américaine¹⁴⁵, mais aussi dans la jurisprudence britannique¹⁴⁶. Surtout, il semble que c'était le sens

¹³⁷ CJUE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International*, préc.

¹³⁸ Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *JOCE*, L 372, p. 12.

¹³⁹ Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, 27 mars 1996, L77.

¹⁴⁰ En ce sens : F. Macrez, « Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice », art. préc.

¹⁴¹ P. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique*, Tome 1, *Droit des biens*, Larcier Bruxelles, 2015, p. 262 : « Il faut [...] dans l'interprétation comme l'application, rompre franchement avec le droit de la création littéraire, isoler l'enclave logicielle et appliquer à la protection de l'investissement que requiert le développement de ce produit, le monopole défini par la directive, en oubliant la ridicule fiction de l'oeuvre littéraire ».

¹⁴² V., proposant la création d'un droit voisin : A. Dietz, « Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system », art. préc.

¹⁴³ J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007 ; comp., présentant ce droit comme étant « aux confins du brevet » : J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, Paris, 1990, p. 464 et s. Sur la transposition du modèle du brevet dans le giron du droit d'auteur (et sa critique) : P. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTDCom* 2009, p. 323.

¹⁴⁴ P. Gaudrat et F. Sardain, *Traité préc.*, n° 426 ; v. aussi, pointant la difficulté : A. Dietz, « Copyright protection for computer programs : Trojan horse or stimulus for the future copyright system », art. préc., p. 68.

¹⁴⁵ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹⁴⁶ *University of London Press v University Tutorial* [1916] 2 Ch 601.

originaire que la Commission européenne souhaitait donner au critère de qualification : dans l'exposé des motifs de la proposition de directive du 5 janvier 1989, il était prévu que « *le seul critère à retenir pour accorder le bénéfice de la protection est celui de l'originalité, c'est-à-dire qu'il faut que l'œuvre n'ait pas été copiée* »¹⁴⁷. L'idée se retrouve d'ailleurs dans l'exposé des motifs de la directive de 1991 : l'objectif du législateur était de limiter la protection à la simple expression du programme afin de laisser « *la latitude voulue à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même identiques, pourvu qu'ils s'abstiennent de copier* »¹⁴⁸. Une telle conception du critère ne serait pas, du reste, antinomique de l'idée d'« apport personnel » : si le logiciel a été créé de manière indépendante, c'est bien qu'il effectue un *apport*, lequel peut être imputé à une personne. D'autre part, une condition d'investissement pourrait être cumulativement exigée, ce qui serait cohérent avec le fait que l'apport intellectuel dans la création d'un logiciel consiste en réalité en la fourniture d'un travail. Ainsi, la double condition correspondrait à une double exigence d'un droit voisin économique : que l'objet à protéger ait été réalisé à l'initiative (c'est-à-dire de manière indépendante : le logiciel n'a pas été copié) et sous la responsabilité du titulaire (c'est-à-dire que celui-ci ait investi dans un travail).

Au final, les évolutions proposées reviennent à redonner du sens à la protection pour le logiciel et au droit d'auteur en les dissociant clairement. Elles ne s'inscrivent pourtant pas dans une logique de rupture, bien au contraire : il s'agit plutôt de restituer aux textes leur sens d'origine, qu'ils auraient dû conserver si la myopie de la logique économique ne l'avait pas emporté sur la rigueur de la logique juridique.

B. Un droit de brevet spécifié

Le constat d'un « noyautage » d'une branche de la propriété intellectuelle, tel qu'il a pu être constaté en droit d'auteur¹⁴⁹, ne peut être dressé s'agissant du brevet. Par conséquent, les bienfaits de la formalisation de dispositions spécifiques ne peuvent provenir de la nécessité de réfréner un tel phénomène. En revanche, la caractéristique principale de la pratique de la prise de brevets sur des programmes d'ordinateur, à savoir son annulation systématique par le juge judiciaire, doit conduire à envisager l'adoption d'un texte spécifique. Le contexte politique tel qu'il découle du rejet, en 2005, de la proposition de la directive de la Commission européenne du 20 février 2002 concernant les « inventions mises en œuvre par ordinateur »¹⁵⁰, rend une intervention législative assez improbable dans un avenir proche. Mais le *statu quo* ne saurait être satisfaisant et une évolution paraît envisageable à terme.

¹⁴⁷ Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur *JOCE* n° C91/4, 12 avr. 1989.

¹⁴⁸ *Exposé des motifs de la proposition de directive 91/250*, COM (88) 816, point 3.7.

¹⁴⁹ F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n° 277.

¹⁵⁰ Commission européenne, Proposition de directive concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur, 20 février 2002, COM(2002) 92 final — 2002/0047(COD), *JOCE* 26 juin 2002, C 151 E/129.

Mais il convient de préciser que la situation actuelle montre que de telles modifications du droit positif, quel que soit leur sens, peuvent toujours être contournées du fait de l'interprétation réalisée par l'Office de brevet. Il importe à titre liminaire de s'interroger sur le rôle de ce dernier : jusqu'où peut-il aller dans son pouvoir interprétatif ? Il nous semble important de rappeler que, dans l'épuration conçue par les fondateurs de la Convention de Munich, l'Office n'a pas le pouvoir de modifier les conditions de brevetabilité : celles-ci figurent dans la Convention elle-même et non dans son Règlement d'application, cette question ayant été explicitement débattue¹⁵¹. S'il est possible de constater que l'Office est sorti de son rôle en s'arrogeant un pouvoir qu'il n'avait pas, un retour franc à la règle de l'exclusion de la brevetabilité devrait s'accompagner de mécanismes de contrôle pour que le pouvoir interprétatif soit cantonné et les interprètes contrôlés. La voie est simple à trouver : puisque les dispositions spécifiques seraient formulées au sein d'une directive européenne, ce serait à la Cour de justice de l'Union européenne que reviendrait de vérifier que l'administration européenne adopte une pratique conforme aux textes et, si besoin en était, d'harmoniser l'interprétation à mener au sein de l'Union.

Deux hypothèses sont, en tout état de cause, possibles : l'exclusion claire de la brevetabilité, qui condamnerait la pratique actuelle (1.), ou l'admission de la brevetabilité, qui devrait à notre avis se faire en respectant certains principes (2.).

1) Exclusion de la brevetabilité

La deuxième option possible est celle d'une exclusion franche de la brevetabilité visant à invalider la pratique administrative de l'Office européen des brevets.

¹⁵¹ La question a même été posée à plusieurs reprises : « *les délégations britannique et suédoise se sont demandé si on ne pouvait pas omettre dans la Convention cette disposition de façon à permettre plus de souplesse dans l'évolution des règles applicables en matière d'invention brevetable. Dans ce cas, elle pourrait être transférée dans le règlement d'exécution. Le Groupe a cependant estimé que cette disposition devait faire partie de la Convention car il s'agit d'une disposition substantielle fixant les conditions de la délivrance des brevets* » (Groupe de travail « Brevets », 7 décembre 1964, 11821/IV/64-F-déf.). La question est revenue en 1971, la délégation britannique réitérant sa proposition de transférer la liste des exclusions dans le Règlement d'exécution et la délégation néerlandaise proposant de la laisser dans la Convention tout en donnant compétence au conseil d'administration de la modifier. Il a été convenu qu'il fallait laisser le soin « *à une Conférence diplomatique [...] de déterminer s'il convenait de modifier ce droit* » (Rapport sur la 9^{ème} réunion du groupe de travail, 17 nov. 1971, BR/135/71). V. aussi : Conférence intergouvernementale, 5^{ème} session, 15 mars 1972, BR/168/72 : « *La Conférence n'a pas retenu cette proposition car elle a estimé qu'il était nécessaire de créer dès l'entrée en vigueur du système la certitude juridique la plus grande possible dans ce domaine* ». La Conférence permanente des chambres de commerce et d'industrie de la Communauté Économique Européenne avait demandé, en vain, que la question des programmes d'ordinateur seule soit transférée dans le Règlement (Prise de position de la CPCI, 2 avril 1973, M/18) ; Conférence diplomatique, 10 sept. 1973, Munich, M/PR/I, p. 30 : proposition « inadmissible » selon la délégation allemande ; selon la délégation française, « *les problèmes en matière de brevetabilité réglés dans cet article ne doivent pas être du ressort du Conseil d'administration ; celui-ci ne doit pas avoir le droit de modifier de son propre chef les différentes dispositions de la Convention, quelle que soit la procédure juridique employée* ».

La forme qu'une telle disposition pourrait prendre pourrait être inspirée des amendements soutenus, en 2004, au Parlement européen par les opposants à la brevetabilité et votés en première lecture. Deux types de dispositions peuvent se cumuler et se combiner. La première revient à définir, positivement et restrictivement, en insistant sur la matérialité, ce que recouvre le domaine technique : « *L'utilisation des forces de la nature afin de contrôler des effets physiques au-delà de la représentation numérique des informations appartient à un domaine technique. Le traitement, la manipulation et les présentations d'informations n'appartiennent pas à un domaine technique, même si des appareils techniques sont utilisés pour les effectuer* »¹⁵². La seconde disposition revient à exclure la brevetabilité en s'affranchissant du « en tant que tel » actuel et en écartant les méthodes de la brevetabilité : « *ne sont pas brevetables les inventions impliquant des programmes d'ordinateur, qui mettent en œuvre des méthodes commerciales, des méthodes mathématiques ou d'autres méthodes, si ces inventions ne produisent pas d'effets techniques en dehors des interactions physiques normales entre un programme et l'ordinateur* »¹⁵³.

Cette hypothèse d'exclusion franche de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur appelle deux séries de remarques.

D'une part, il est possible, sans sous-estimer la donne politique qui vient d'être rappelée, de considérer que cette hypothèse est, pour autant, celle qui correspond le mieux à l'état du droit positif actuel et à l'esprit du texte initial : il s'agissait, dans l'esprit du législateur de 1973, de faire en sorte que les programmes d'ordinateur ne soient pas brevetables¹⁵⁴. Cette considération constitue, du reste, une manifestation du principe général de non-protection des idées, qui doit être vu comme tel et a d'ailleurs été rappelé par la Cour de justice de manière remarquable : « *admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel* »¹⁵⁵. Cette référence au progrès technique et industriel, qui constitue la finalité traditionnelle du droit des brevets depuis les lois révolutionnaires, n'était nullement nécessaire, ce qui marque un volontarisme certain de la Cour en la matière.

D'autre part, une telle invalidation est assez improbable, car, si le texte en faveur de la brevetabilité des inventions par ordinateur proposé par la Commission européenne a été rejeté, les opposants à cette brevetabilité n'ont jamais été en mesure de faire adopter un texte qu'ils appellent de leurs vœux. Leur pouvoir de blocage est avéré, mais ne s'étend pas au-delà. De fait, il s'est agi en 2005 d'une victoire à la Pyrrhus : en réalité, le rejet du texte revenait au *statu quo ante*, c'est-à-dire à la pratique en vigueur à l'OEB, qui conserve son

¹⁵² Parlement Européen, Résolution législative sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur (COM(2002) 92 – C5-0082/2002 – 2002/0047(COD)), 24 sept. 2003, amendements 107 et 69 à l'article 2, point b).

¹⁵³ Amendement 17, article 4 bis.

¹⁵⁴ V. notamment : Rapport sur la 9^{ème} réunion du groupe de travail tenue à Luxembourg, Bruxelles, 17 nov. 1971, BR/135/71, p. 50.

¹⁵⁵ CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, SAS, préc., point 40.

pouvoir interprétatif l'autorisant à délivrer des brevets *contra legem*. Ainsi, l'évolution inexorable va peut-être dans le sens de la reconnaissance explicite de la brevetabilité des programmes qui serait même, pour certains, « l'option inéluctable »¹⁵⁶.

2) Admission de la brevetabilité

Les dispositions qu'il convient d'envisager ne sont pas, en matière de brevet, à proprement parler « spécifiques ». Certaines, relatives à l'objet du droit de brevet et à l'interprétation des revendications, modifient l'état du droit spécialement pour le logiciel, mais ont un impact sur l'ensemble de la matière. D'autres consistent en des adaptations textuelles ayant pour objectif de respecter et renforcer les principes généraux propres à la matière¹⁵⁷.

Admettre explicitement la brevetabilité des programmes d'ordinateur doit, à notre avis, avant tout inciter à déterminer quelle peut être la portée de tels titres de propriété intellectuelle¹⁵⁸, ce qui implique en premier lieu de bien cerner quel est l'objet protégé. Cela nécessite, sans faire table rase des constructions de l'Office européen, de rechercher avec précision le sens du critère de détermination de l'objet brevetable ainsi que la manière dont il faut l'interpréter. Si la définition de l'invention comme « solution technique à un problème technique » ne paraît pas devoir être remise en cause, il reste à déterminer plus clairement ce que signifie le critère de « technique » : les glissements, pour ne pas dire les errements, de l'OEB quant à la notion de moyen technique¹⁵⁹ semblent devoir être circonscrits. Ainsi, la matérialité inhérente au concept de technicité nous semble devoir être rappelée, la définition la plus satisfaisante nous paraissant une de celles avancées par M. Vivant : l'invention serait « l'innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures qui se traduirait par un effet matériel emportant une transformation de la nature »¹⁶⁰.

Par ailleurs, la méthode d'interprétation des revendications nous semble devoir être également déterminée, et la pratique de l'Office mise en question. En effet, la méthode d'appréciation de l'invention « dans son ensemble » permet, au final, de breveter des systèmes où ce qui est inventif n'est pas technique, et ce qui est technique n'est pas inventif, autrement dit où le seul élément apportant une contribution à l'état de la technique est une suite d'instructions, une « technique » ou une astuce de programmation, appliquée à une machine connue ou « universelle ». Le rejet de la théorie du noyau essentiel¹⁶¹ pourrait

¹⁵⁶ M. Vivant, *Lamy Droit du numérique* 2018, *op. cit.*, n° 122.

¹⁵⁷ Comp., X. Linant de Bellefonds, « La brevetabilité du logiciel ? À revoir », *Comm. com. électr.* 2001, chron., p. 9 : « Si la brevetabilité des logiciels en tant que tels devait être organisée, il faudrait qu'elle relève d'un chapitre spécial de la propriété industrielle ».

¹⁵⁸ F. Macrez et A. Aubert, « "Brevet de logiciel" : quelle portée ? », *Recherche & Travaux* 2003, Cahiers de l'école doctorale, Faculté de droit, Université de Montpellier I, p. 87.

¹⁵⁹ *Supra*, II.

¹⁶⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain*, La Doc. fr., 2003, n° 47, p. 62.

¹⁶¹ C.R.T. 3.4.1, 21 mai 1987, T 26/86, *Équipement radiologique/ Koch et Sterzel*, JCP E 1988, n° 15 927, note M. Vivant et A. Lucas ; C.R.T. 3.5.1, 15 avril 1993, T 110/90, *Document présenté sous une version susceptible d'être éditée/IBM*, JO OEB 1994, p. 557 ; v. aussi C.R.T. 3.5.1, 8 septembre 2000, T 931/95, *Contrôle d'un système de caisse de retraite/PBS Partnership*, JO OEB 2001, n° 10 p. 441.

être questionné, d'autant qu'il a eu lieu pour des raisons pratiques¹⁶², pour ne pas dire économiques, ce qui convainc insuffisamment.

Il reste à appliquer les critères tenant à la créativité de l'objet revendiqué. Nous croyons, avec M. Vivant, qu'il convient de ne pas remettre en cause le sens classique des conditions de nouveauté et d'activité inventive, c'est-à-dire de faire jouer le droit commun des brevets¹⁶³ : « *le droit des brevets doit pleinement et normalement jouer avec toutes les composantes qui sont les siennes* »¹⁶⁴. Un tel jeu du droit commun implique que peu de logiciels accéderont à la protection, ce qui était perçu comme un inconvénient et a conduit au rejet de la voie du brevet¹⁶⁵. Il nous semble au contraire que le contexte actuel inviterait à concevoir un tel schéma : brevet « *upstream* » pour l'invention mise en œuvre par ordinateur qui le mérite réellement, c'est-à-dire qui se situe dans une rupture technologique inventive ; droit d'auteur pour les logiciels en eux-mêmes. Le schéma aurait, en outre, pour avantage de limiter les irritants problèmes concernant l'articulation entre brevet et droit d'auteur¹⁶⁶.

Par ailleurs, la question de la suffisance de description est centrale en la matière, puisqu'elle participe du « contrat social »¹⁶⁷ : le droit au brevet suppose qu'un enseignement réel et compréhensible soit apporté à la société¹⁶⁸, que l'homme du métier puisse l'exécuter¹⁶⁹. À défaut, l'antinomie ontologique entre brevet et secret¹⁷⁰ serait remise en cause. Les particularités de la création logicielle impliquent de s'interroger sur la manière dont devraient être décrits les éléments composant l'invention mise en œuvre par ordinateur. Les règles concernant la description, bien qu'appliquées au cas par cas, devaient être précises et impératives afin de refréner la « réticence calculée »¹⁷¹ du déposant.

¹⁶² Décision *Koch et Sterzel*, préc.

¹⁶³ M. Vivant, *Lamy* 2018, préc. n° 124.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ OMPI, *Dispositions types sur la protection du logiciel*, op. cit., p. 9 : 1% des logiciels répondraient à la condition d'activité inventive.

¹⁶⁶ Sur ces questions, v. la contribution de C. Caron dans le présent ouvrage, *supra* ; également : C. Caron, « Réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel », *RIDA*, sept. 2000, 184, p. 3 ; F. Macrez, « Logiciel : le cumulard de la propriété intellectuelle » in J.-M. Bruguière (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz 2011, p. 47.

¹⁶⁷ V. p. ex. : J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, Paris, 1990, p. 200 : « *Le fondement de la règle [de suffisance de description] est celui de l'institution même des brevets. Le droit de brevet est la contrepartie, la récompense de la révélation de l'invention. Il serait injustifié si la communication avait été incomplète ou déceptive, pour l'homme du métier* ».

¹⁶⁸ La description comprend un « *exposé de l'invention, telle que caractérisée dans les revendications, permettant la compréhension du problème technique ainsi que la solution qui lui est apportée* » (art. R. 612-12 du CPI).

¹⁶⁹ « *L'invention doit être exposée dans la demande de brevet européen de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* » (art. 83 CBE).

¹⁷⁰ V. p. ex., A. Chavanne in *La propriété industrielle et le secret*, Litec, Paris, 1996, p. 18 : « *En propriété industrielle, pour avoir un monopole, il faut qu'on ait publié, par conséquent c'est l'inverse du secret. Si on veut garder une invention pour soi, secrète, on n'a pas de brevet et pas de monopole* » ; v. aussi l'intervention de M. Hiance, *ibid.*, p. 35, évoquant « *l'antinomie entre propriété industrielle et secret* ».

¹⁷¹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, Marchal et Billard, Paris, 1915, p. 570.

L'analyse des brevets délivrés laisse le sentiment qu'ils permettent, au mieux, de comprendre ce que fait le programme, mais pas de l'exécuter¹⁷², quand il ne s'agit pas de la description d'une méthode assez vague à laquelle on adjoint de manière superficielle des moyens techniques.

Face à cette difficulté, il est clair que la publication du code source du programme, comme la loi en laisse la possibilité¹⁷³, mais que les offices n'exigent pas¹⁷⁴, satisfait la double exigence de compréhension et de possibilité d'exécution. Mais, si cela peut paraître logique pour une invention revendiquée comme un produit¹⁷⁵, il n'est pas certain que cela corresponde bien à l'idée d'invention mise en œuvre par ordinateur, qui se situerait en amont du code, revendiqué en tant que procédé. Dans cette optique, il nous semble qu'une certaine normalisation du mode de description devrait être adoptée¹⁷⁶ : le langage naturel est un outil peu efficace pour de telles descriptions, et une telle normalisation participerait d'une meilleure diffusion des connaissances. L'utilisation d'un pseudo-code¹⁷⁷, dont il faudrait établir le standard, qui permet de s'abstraire d'un langage de programmation particulier, apparaît appropriée. Des dessins, et en particulier un organigramme de programmation représentant les algorithmes sous-jacents au programme, permettront de représenter visuellement l'enchaînement logique de toutes les opérations constituant le programme : ils seraient utilement apportés en complément de cette description en pseudo-code. Au-delà de cette "canonisation" des demandes de brevet¹⁷⁸, l'amélioration de la pratique du dépôt électronique et de son utilisation doit être envisagée, tant l'outil numérique peut permettre de faciliter la diffusion des connaissances et améliorer les recherches d'antériorité¹⁷⁹.

¹⁷² B. Caillaud, « La propriété intellectuelle sur les logiciels », *Propriété intellectuelle, Conseil d'analyse économique*, La documentation française 2003, p. 113, p. 124.

¹⁷³ Article R. 612-13, al.2 : « *Peuvent en outre figurer en annexe à la fin de la description notamment :*

1° de courts extraits de programmes d'ordinateur présentés sous forme de listages rédigés en langages de programmation courants, lorsqu'ils sont nécessaires à la compréhension de l'invention ».

¹⁷⁴ OEB, *Des brevets pour les logiciels ? – Droit et pratique européens*, Office européen des brevets, Munich, 2009, p. 12-13.

¹⁷⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, « Réinventer l'invention ? », *Propr. Intell.* 2003, 8, p. 286 ; S. Kiesewetter-Köbinger, "On the Patent Examination of Programs for Computers", 02 nov. 2000, (<http://swpat.ffii.org/>) : « *The programme code is [...] even the only unambiguous revealing of the solution of the task.* ».

¹⁷⁶ M. Vivant, *Lamy*, 2018, *op. cit.*, n° 124 ; X. Linant de Bellefonds, « La brevetabilité du logiciel ? À revoir », art. préc. : « ... *pourraient être prévues des directives précises sur les façons de décrire et de revendiquer qui s'appuieraient sur des normes objectives de l'art programmatique, par exemple la méthode Merise* » ; F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n° 480.

¹⁷⁷ X. Linant de Bellefonds, « La brevetabilité du logiciel ? À revoir », *Comm. com. électr.* 2001, chron., p. 9 ; F. Macrez et A. Aubert, « "Brevet de logiciel" : quelle portée ? », *Recherche & Travaux* 2003, Cahiers de l'école doctorale, Faculté de droit, Université de Montpellier I, p. 87, n°37.

¹⁷⁸ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain – Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La documentation française, Paris, 2003, p. 146.

¹⁷⁹ B. Caillaud, « La propriété intellectuelle sur les logiciels », *Propriété intellectuelle, Conseil d'analyse économique*, La documentation française 2003, p. 113, p. 165 : « *La publication des codes source, surtout des interfaces, et l'enregistrement des brevets dans une base de données*

Conclusion

L'histoire de la protection du logiciel montre qu'il est un objet difficile à appréhender, rompant avec les schémas traditionnels. Tandis que les propositions initiales de créations de droits spécifiques paraissaient, en conséquence, sérieuses et justifiées, elles furent écartées pour des raisons de circonstance, peu convaincantes d'un point de vue de technique juridique. Le résultat en est une situation juridique très originale et peu satisfaisante avec une double protection accordée au logiciel. D'un côté, il est qualifié d'œuvre littéraire, donc protégé par le droit d'auteur, mais avec un régime juridique particulier. De l'autre, il est exclu de la brevetabilité, mais les offices de brevets l'acceptent au prix d'adaptations des conditions de brevetabilité adoptées sous couvert d'interprétation.

L'analyse du droit positif conduit à constater qu'il s'agit en réalité de sous-catégories *sui generis*, ce qui montre une nouvelle fois que le logiciel n'est pas soluble dans le droit commun. Dès lors, la question qui se pose est celle de la reconnaissance formelle de cette spécificité par la création de droits spécifiques. Concernant le droit d'auteur, une telle démarche apparaît franchement souhaitable, en raison des effets négatifs que l'insertion contre nature du logiciel dans la catégorie d'œuvre littéraire a produits. Du côté du droit des brevets, la situation est différente : le problème principal tient à l'hypertrophie de la protection induite par la pratique administrative, et à l'invalidation de cette dernière devant les juridictions judiciaires. Dès lors, s'il faut concevoir une intervention législative, elle peut consister soit en une exclusion nette de la brevetabilité, invalidant la pratique administrative actuelle, soit en une admission de la brevetabilité, mais qui, à notre sens, devrait se faire en respectant les principes essentiels qui gouvernent la matière.

Finalement, cet éternel retour du droit spécifique montre que, s'il faut être prudent dans la création de nouvelles catégories, cette démarche est nécessaire lorsque les spécificités de l'objet à appréhender par le droit le justifient : est envisageable une « *propriété sui generis conçue pour une création sui generis* »¹⁸⁰. Du reste, les propositions apportées restent prudentes puisqu'elles se font dans le respect du droit positif façonné depuis cinquante ans ainsi que dans une volonté de mieux respecter les principes généraux de la matière. Car ce sont les principes fondateurs des droits sur les créations ainsi que la cohérence du système des propriétés intellectuelles qui sont en jeu.

*centrale facilement accessible (à l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle) facilite les procédures d'évaluation de la nouveauté, permet aux innovateurs d'évaluer leurs risques de conflit, et peut servir de base à un marché actif de licences des brevets existants » ; V. aussi : S. Davies, "Searching Computer-implemented Inventions: The Truth is Out There", *EIPR* 2007, 29(3), p. 87.*

¹⁸⁰ M. Vivant *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, 2018, *op. cit.*, n° 326 (à propos des topographies).