



HAL
open science

Complexité des créations informatiques et titularité des droits

Franck Macrez

► **To cite this version:**

Franck Macrez. Complexité des créations informatiques et titularité des droits. Amélie Favreau. La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières, Larcier, pp.136-144, 2019, Création Information Communication, 978-2-8079-1473-5. hal-04107030

HAL Id: hal-04107030

<https://hal.science/hal-04107030v1>

Submitted on 3 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.

Complexité des créations informatiques et titularité des droits

Franck MACREZ, 2 décembre 2016

Complexité des créations informatiques et titularité des droits

I. - La titularité par la qualification

A. —Propriété littéraire et artistique.

- 1.— Lex generalis
- 2.— Lex specialis

B. —Brevet

II. - La titularité par le contrat

A. —Propriété littéraire et artistique

- 1.— Complexité de la contractualisation
- 2.— Le cas particulier des licences libres

B. —Brevet

1. – **« Créations informatiques » et complexité.** L'expression « création informatique », communément employée par la doctrine juridique, désigne l'ensemble des créations en rapport avec un processus de traitement automatique des informations. Ce rapport peut être médiat ou immédiat, en raison de la dualité de sens du vocable « création » : la création désigne à la fois l'action et, par métonymie, le résultat de cette action. Ainsi la création informatique est à la fois celle dont l'objet direct est le traitement de l'information (calculateur, logiciel, base de données...), mais aussi celles qui en sont le résultat du fait de leur processus créatif (créations par ordinateur).

Un caractère essentiel de ces créations est leur complexité, à tel point aujourd'hui qu'on peut parler d'hypercomplexité. Ainsi, la notion de complexité est essentielle pour l'analyse algorithmique, et la complexité d'une création multimédia est aisément perceptible de tout un chacun.

L'appréhension de cette complexité par le droit ne semble pouvoir se faire qu'au travers du paradigme systémique, le renouveau du concept de système dans les sciences provenant d'ailleurs de la cybernétique qui a préfiguré, à partir des années 1940, les recherches en intelligence artificielle¹. L'analyse juridique de la complexité factuelle renvoie immédiatement, et évidemment, à la qualification juridique, donc à la conception des catégories juridiques et leur classification. La complexité multiplie les points de contact, et la nécessité de coordination des règles, elles-mêmes de plus en plus complexes, implique de déterminer quel est le type de classification (alternatif ou cumulatif, équivalent ou hiérarchisé) qu'il convient d'adopter². Cette situation tient à la nature des créations informatiques elles-mêmes, mais également au contexte de création : il s'agit d'analyser ce qui met le créateur en prise avec son milieu plutôt que d'analyser la relation tissée entre le créateur et son œuvre.

2. – **Titularité des droits et complexité.** L'accroissement, exponentiel, de la faculté de création en commun conduit à une augmentation des hypothèses d'œuvres plurales : créations « modulaires », incrémentales faites de « briques » de logiciel, d'éléments textuels, musicaux, audiovisuels... provenant d'une pluralité de créateurs. S'agissant de droits de même nature, la résolution de la question d'une articulation des titularités ne peut

¹ J.-L. Le Moigne, « Système » in D. Lecourt (dir.), Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences, PUF 2003, Quadrige, p.900, spéc. p.902.

² Sur tout ceci, v. : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis-Litec, 2011.

se faire par une règle de hiérarchie des droits, comme cela pourrait être envisagé à propos des droits voisins. C'est la raison pour laquelle la loi elle-même prévoit de régler la question de la titularité, par la mise en œuvre des catégories, c'est-à-dire par l'opération de qualification juridique (I.). Le contrat aura par ailleurs un rôle, parfois crucial, à jouer (II.).

I. - La titularité par la qualification

En droit français, le principe, en propriété littéraire et artistique, est que le créateur est le titulaire naturel des droits sur son œuvre, tandis que le droit des brevets obéit à la règle du premier déposant. La différence, fondamentale, implique de les étudier séparément.

A. — Propriété littéraire et artistique.

Si la règle du droit commun est amenée à s'appliquer (1.-), les créations informatiques ont conduit à créer des régimes spécifiques (2.-).

1.— *Lex generalis*

3. — **Principe.** — L'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre de collaboration comme « l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques », l'œuvre composite comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière », et l'œuvre collective comme « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

4. — **Œuvres multimédias.** La méthode distributive de qualification est désormais ancrée en droit positif français, à la suite de l'arrêt *Cryo* de la Cour de cassation concernant un jeu vidéo : celui-ci est « une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature »³. Il en résulte que les

³ Cass. 1ère civ. 25 juin 2009, *Cryo et Jean-Martial L. c/ SESAM, SACEM et SDRM, RLDI*, 2009, 52, n° spécial "jeu vidéo et multimédia", pp.87 et s.; *RTD Com.* 2010, p.319, note P. Gaudrat ; *RIDA* juill. 2009, 509 et 305, obs. P. Sirinelli ; *JCP* 2009, 328, obs. E. Treppoz ; arrêt rendu sur pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de

règles générales seront à appliquer au cas par cas, ce que fait la jurisprudence, retenant parfois l'œuvre collective⁴, parfois l'œuvre de collaboration⁵. La reprise d'œuvres préexistantes doit conduire à la qualification d'œuvre composite⁶, même s'il faudra caractériser une réelle adaptation et non une simple juxtaposition⁷ : application du droit commun, donc, que ne manquent pas de réaliser les juridictions⁸.

5. – **Bases de données.** Une base de données peut être vue comme une œuvre collective, ce qui sera la qualification sans doute la plus fréquente⁹. Ainsi, le Conseil d'État a retenu cette qualification à propos du répertoire SIRENE¹⁰. Quant à la qualification d'œuvre dérivée (composite), elle est tout à fait envisageable : bien que cela ne soit pas expressément prévu par les dispositions spécifiques aux bases de données, le fait que leur protection s'exerce « sans préjudice de celle résultant du droit d'auteur » implique que les articles L.112-3 et L. 113-4 doivent s'appliquer¹¹.
6. – **Créations par ordinateur. Un auteur ?** L'informatique n'est pas un outil comme les autres, car le logiciel encapsule un savoir-faire intellectuel¹². La distinction entre création assistée par ordinateur et création générée par ordinateur permettrait de dénier la protection aux deuxièmes comme n'impliquant aucune intervention humaine¹³. Pourtant, il y a

Paris du 20 septembre 2007 : CA Paris 20 septembre 2007, *Sesam c/ Selafa MJA et M. L.*, *RLDI*, 2007, 32, n°1061, note J.-B. Auroux ; *RTD Com.* 2008, p.106, note P. Gaudrat.

⁴ CA Versailles, 18 nov. 1999, « Urban Runner », *Daloz* 2000, som. com., 207, obs. T.Hassler et V.Lapp ; *Com. com. électr.* 2000, févr. 2000, n°16, p.13, obs. C. Caron. V., rejetant la qualification : CA Paris, 2 avr. 2004, *Cryo Interactive Entertainment, Sophie R. c/ Canal + Finance et autres* : « Un jeu multimédia ne constitue pas une œuvre collective lorsque les contributions des différents auteurs peuvent être individualisées. »

⁵ TGI Paris, 8 sept. 1998, *RIDA*, juill. 1999, p.318, obs. Kéréver ; confirmé par : CA Paris, 28 avril 2000, *PIBD* 2001, 714, III, 89.

⁶ V., p.ex., P.-Y. Gautier, « Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées. œuvre "multimédia" », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique* 1997, fasc. 1165, n°20.

⁷ V., p. ex. : J.-L. Goutal, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *Daloz* 1997, chron., p.357, n°9 ; P.-Y. Gautier, « Les œuvres "multimédia" en droit français », *RIDA* 1994, 160, p.91, spéc. p.99.

⁸ B. Edelman, « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », *Daloz* 1995, chron., p.109, n°32 : les tribunaux « procèdent de la façon suivante : ils s'interrogent sur l'essence de l'œuvre et se demandent si les apports créatifs revendiqués en font ou non partie. Si oui, leur auteur peut revendiquer la qualité de coauteur, sinon, ils ne le peuvent pas. »

⁹ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, n°197, estimant qu' « en pratique, il est à prévoir que la plupart des bases de données répondront à la définition jurisprudentielle très compréhensive de l'œuvre collective ».

¹⁰ CE, 10 juill. 1996, *JCP éd. E* 1997, I, 657, n°9, obs. M. Vivant et C. Le Stanc (« L'ensemble ainsi susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes en vue de sa rediffusion par celles-ci constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective »).

¹¹ V. p. ex. A. François, « Chronique de France », *RIDA* 1999, 181, p.169, spéc. p.205.

¹² A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, n° 274, p.313.

¹³ En ce sens, *Appellate Corporate Division of the Supreme Court* (Afrique du Sud) 25 mai 1995, *Payen Components (SA) Ltd v Bovis Gaskets*, *EIPR* 1996, 6, D173, com. D. F. Sheppard : « *The distinction between computer-generated and computer-aided works is valid and should be recognised.* »

toujours une personne physique derrière a machine¹⁴... C'est ce que la jurisprudence semble retenir : ainsi d'une composition musicale assistée par ordinateur qui implique une intervention humaine¹⁵ ou encore de « plans d'unités de mise en bouteille mobiles créés à partir d'un système informatique »¹⁶. La jurisprudence britannique¹⁷, tout comme la loi de 1988¹⁸, va également en ce sens. Le cas des architectures de réseaux neuronaux profonds, ou encore celui des créations issues des algorithmes d'apprentissage¹⁹ sont propres à renouveler la problématique, sans toutefois la bouleverser²⁰. Néanmoins, il est permis de s'interroger sur la démultiplication de ces créations quasi automatiques²¹. En effet, quand un programme (Melomics109) associant algorithmes et règles de composition produit un milliard de morceaux de musique uniques²², ou lorsqu'un algorithme autoapprenant (*Emily Howell*) « compose » une sonate inédite, à partir d'un ensemble d'œuvres préexistantes, ou encore lorsqu'un programme est capable d'improviser avec des musiciens d'un orchestre en s'adaptant à leur style²³ : où est l'auteur ?

7. – Créations par ordinateur. Quel auteur ? Deux personnes peuvent être titulaires des droits en cas de création par ordinateur : le programmeur du logiciel et son utilisateur. L'analyse se fera, une fois encore, au cas par cas : le critère décisif sera sans doute le degré

¹⁴ *Ibid.* ; Comp. A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, 1991, p.36, n° 11.72, qui, citant le cas des photographies prises par satellite, estime que « dans certaines hypothèses exceptionnelles, des œuvres sont pour ainsi dire, totalement générées par des machines ».

¹⁵ TGI Paris 5 juillet 2000, *Comm. com. électr.*, 2001, 23, note C. Caron; JurisData n°130310

¹⁶ CA Bordeaux 31 janvier 2005, *SA Saunier c./ SAS Atevi*, *Comm. com. électr.*, 2005; JurisData n° 2005-262987 : « une œuvre de l'esprit même créée à partir d'un système informatique peut bénéficier des règles protégeant les droits d'auteur, à condition qu'elle laisse apparaître même de façon minimale l'originalité qu'a voulu apporter son concepteur ».

¹⁷ Chancery Division 19 février 1985, *Express Newspapers Plc. v. Liverpool Daily Post & Echo Plc. and Others*, *W.L.R.*, 1985, 1, p.1089, à propos de numéros et des lettres de lotos sélectionnés arbitrairement par un ordinateur, le programmeur ayant choisi de quelle manière le processus aléatoire devait s'appliquer et « l'ordinateur n'[étant] qu'un instrument à l'instar du stylo » (spéc. p.1093 : « *The computer was no more than the tool by which the varying grids of five-letter sequences were produced to the instructions, via the computer programmes, of Mr. Ertel. It is as unrealistic as it would be to suggest that, if You write Your work with a pen, it is the pen which is the author of the work rather than the person who drives the pen.* ») ; *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd*, [2006] EWHC 24 (Ch.), 20 January 2006, at 105 : Les cadres d'image affichés par un jeu vidéo ont été conçus par la personne qui « a conçu l'apparence des différents éléments du jeu et les règles et la logique par lesquelles chaque image est générée et [...] a écrit le programme informatique pertinent » (*the person who "devised the appearance of the various elements of the game and the rules and logic by which each frame is generated and [...] wrote the relevant computer program."*).

¹⁸ Copyright, Designs and Patents Act (United Kingdom), 1988, ch. 48, §9(3), 178. (nous soulignons) : « *The person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken* ».

¹⁹ J.-M. Deltorn, « Droit d'auteur et créations des algorithmes d'apprentissage », *Prop. Int.* 2016, n°58, p.4.

²⁰ J.-M. Deltorn, « Deep creations : Intellectual Property and the Automata », "Frontiers in Digital Humanities" 2017 (forthcoming).

²¹ J.-M. Deltorn, « Droit d'auteur et créations des algorithmes d'apprentissage », préc.

²² C. Sanchez et al. (2013), *Melomics : A Case-Study of AI in Spain* : *AI Magazine* 34 (3) 99–103.

²³ N. Collins, *Reinforcement learning for live musical agents*, in the International Computer Music Conference (ICMC), Belfast, 2008, cité par J.-M. Deltorn, préc.

de liberté laissé à l'utilisateur, et ce dernier sera seul titulaire des droits sur l'œuvre lorsque le programme d'ordinateur n'est qu'un simple instrument laissant toute liberté à son utilisateur dans la création de l'œuvre finale. Mais on peut imaginer que le programmeur établisse qu'il a pris part à l'élaboration de l'œuvre finale et a eu une connaissance suffisante du résultat obtenu. Quant à la qualification d'œuvre composite, il pourrait être possible de considérer que l'œuvre nouvelle est « incorporée à une œuvre préexistante »²⁴, en l'occurrence le logiciel. Mais l'œuvre logicielle est d'une tout autre nature, et l'on peine à concevoir que l'œuvre finale est véritablement « incorporée » (art. L.113-2 al.2) au logiciel d'origine²⁵. En tout état de cause, il conviendra d'analyser l'œuvre en tant qu'il est possible de *percevoir* des éléments originaux préexistants, c'est-à-dire de la qualifier au regard du résultat produit et non du processus d'élaboration.

Ces applications spécifiques des règles de droit commun ne paraissent, au final, pas propres à remettre en cause les règles légales de titularité. Il en est naturellement autrement s'agissant des droits spécifiques.

2.— *Lex specialis*

8. — Bases de données. Droit *sui generis*. Le titulaire du droit *sui generis* est le « fabricant » de la base, c'est-à-dire « la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements »²⁶. Le singulier utilisé peut conduire à se demander s'il peut y avoir plusieurs cotitulaires, dans l'hypothèse où plusieurs investisseurs contribuent ensemble à la création de la même base²⁷ : l'un collecte les données, l'autre se charge de leur vérification et un troisième de leur présentation²⁸. S'agissant du rapport entre droit d'auteur et droit *sui generis*, l'hypothèse de la qualification d'œuvre collective conduira à écarter tout conflit de titularité, laquelle sera regroupée dans les mêmes mains²⁹. Mais si nous ne sommes pas en

²⁴ Pour reprendre les termes de l'article L. 113-2 alinéa 2 du CPI.

²⁵ Y. Gaubiac, « Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées. Œuvres créées avec un ordinateur », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 26 juillet 2000, fasc. 1164, n°27.

²⁶ 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, considérant n°41. V. article L. 341-1 CPI.

²⁷ P. Gaudrat, « Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit *sui generis* », *RTD Com.* 1999, p.86, spéc. p.104. Comp. : A. Strowel et E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique : logiciels bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, n°357, p.314.

²⁸ Étant précisé qu'un sous-traitant ne pourra être titulaire : Directive n° 96/9/CE, considérant n°41, *in fine*.

²⁹ V., p. ex., P. Gaudrat, « Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement Européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit *sui generis* », *RTD Com.* 1999, p.86 : « L'hypothèse fondamentale sur laquelle a tablé le législateur est celle d'une base de données réalisée à l'initiative d'un producteur qui serait également coordinateur-ensemblier de l'œuvre collective d'information en

présence d'une œuvre collective, le producteur devra veiller à se voir attribuer, par contrat, les droits sur l'œuvre de compilation. Une telle anticipation contractuelle doit également avoir lieu dans l'hypothèse d'un licencié qui enrichirait lui-même la base au point qu'il pourrait justifier d'un investissement substantiel.

9. – Logiciel. Si le créateur de logiciel indépendant bénéficie 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 1994³⁰, 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. La règle est l'une des manifestations de ce que le « droit d'auteur » sur le logiciel est un droit industriel qu'il faut concevoir comme tel, malgré sa place dans le Code de la propriété intellectuelle : c'est un droit *sui generis*.

10. – Œuvres multimédias : proposition pour une titularité simplifiée. La Commission « multimédia » du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique³¹ a proposé la création d'un régime juridique spécifique pour les œuvres multimédias. Pour l'essentiel, il s'agissait d'un mécanisme de présomption de la qualité d'auteur au « contributeur déterminant » à la création de l'œuvre multimédia³². Celui-ci resterait titulaire des droits *ab initio*, mais il serait établi une présomption de cession à l'exploitant, mécanisme fortement inspiré de celui de l'œuvre audiovisuelle. Une telle proposition nous semble toutefois laisser subsister des difficultés : la catégorie des « œuvres multimédias » manque d'homogénéité, l'insécurité juridique des acteurs nous paraît quelque peu exagérée, d'autant que la contractualisation — nécessairement complexe — nous semble jouer pleinement son rôle.

tous ses aspects. Le mode de désignation des titulaires du droit d'auteur et du droit *sui generis* coïncident alors. Le conflit de titularité est écarté. »

³⁰ 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.

³¹ V.-L. Benabou, J. Martin et H. Olivier, *Le régime juridique des œuvres multimédia : Droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs* La documentation française, Paris, 2005, p.9 : « Le cadre juridique actuel, qui n'offre pas de solution simple et claire permettant la conciliation des différents intérêts, ne garantit pour autant pleinement, du fait de son incertitude, ni les droits des auteurs ni la sécurité juridique des investisseurs. »

³² *Ibid.*, pp.24 et s.

B. — Brevet

11. – Principe d'unité d'invention. Le principe d'unité d'invention (ou de « concept inventif général ») implique qu'un déposant doit se voir obligé de diviser des demandes complexes. L'article L. 612-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet que « la demande de brevet ne peut concerner qu'une invention ou une pluralité d'inventions liées entre elles de telle sorte qu'elles ne forment qu'un seul concept inventif général »³³. Cette dernière notion de « concept inventif général » est unanimement perçue comme difficile à cerner³⁴.

Une telle obligation conduit à devoir multiplier les dépôts de la part d'un même déposant, mais aussi à augmenter potentiellement le nombre de déposants différents. Cela peut sembler problématique eu égard à la complexité intrinsèque des programmes d'ordinateur : « Plus une technique évolue dans le temps, plus elle se spécialise, et plus l'inventeur doit veiller à éviter le reproche de complexité, c'est-à-dire d'une pluralité d'objets dans une même demande de brevet. »³⁵

12. – Unité d'invention et programme d'ordinateur. La reconnaissance de la brevetabilité des programmes d'ordinateur risque, par nature, de mener à des brevets rédigés selon des demandes complexes. Pour identifier un « concept inventif général », il suffira que les divers éléments aient « un lien technique suffisamment étroit »³⁶, par exemple en contribuant à la réalisation du même dispositif. Un brevet pourra ainsi sans difficulté porter sur un couple matériel-logiciel, même si chaque élément peut être séparément considéré comme une invention, dès lors qu'ils concourent à une même solution technique pour un problème technique unique.

13. – Unité d'invention et titularité. La multiplication du nombre de brevets portant sur des programmes d'ordinateur a pu être constatée. La nature complexe de la technique informatique et son mode de développement « cumulatif », modulaire, impliqueraient une forte augmentation du nombre de brevets déposés sur des « briques » logicielles : chacun des modules composant un processus plus global peut être amené à faire l'objet d'un brevet séparé. Le rôle du contrat n'en est que plus important : le nombre d'autorisations croît nécessairement avec l'augmentation du nombre de titulaires pour une même création.

³³ V ; aussi : Déc. T 119/82, 12 déc. 1983, point 11, *JO OEB* 1984 p.217 ; OEB, CRT, 11 mai 1992, T 470/91, *JO OEB* nov. 1993, 680 (produits intermédiaires et produits finals nouveaux) ; article R. 612-19 CPI, et la règle 44 du Règlement d'exécution de la CBE.

³⁴ V. J. M. Mousseron, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, 1984, n°680, et les références citées.

³⁵ Casalonga, « Des difficultés qu'on rencontre à distinguer un moyen d'avec un résultat », *Ann.* 1936, pp.36 et s.

³⁶ CRT OEB, 11 mai 1992, préc.

II. - La titularité par le contrat

A. — Propriété littéraire et artistique

1.— *Complexité de la contractualisation*

14. — Complexité de la détermination de l'objet cédé en droit d'auteur. L'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle vient préciser, à la suite de l'article L. 131-1 prohibant de manière générale la cession globale d'œuvres futures, que « chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »³⁷ Appliquée aux contrats portant sur des œuvres complexes, la règle ne pose pas de problème particulier en son principe, mais il est clair que la lourdeur de la rédaction des documents contractuels sera accentuée en raison du nombre d'objets protégés pouvant figurer au sein d'un objet économique.

15. — Importance de la clause couvrant les modes d'exploitation imprévisibles. L'article L. 131-6 du Code autorise les contractants à prévoir, par une clause expresse, de céder « le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat », à condition de « stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ». Les spécificités des créations informatiques montrent que l'application des règles relatives aux contrats de la propriété littéraire et artistique joue tout son rôle. Le constat sera quelque peu différent à propos des contrats sur brevets, dont le trait marquant consiste dans leur multiplication et l'utilisation qui en est faite par la pratique.

2.— *Le cas particulier des licences libres*

16. — Licence libre et formalisme des cessions. Le système des licences libres, en particulier des logiciels *open source*, multiplie de manière exponentielle le nombre de contributeurs à une création, regroupés en « communauté ». Une difficulté juridique tient à la règle, en droit d'auteur français du formalisme des cessions. La disposition, d'ordre public, s'applique

³⁷ V. aussi l'article L. 122-7 prévoyant que « la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction » et, symétriquement que « la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation » (alinéas 2 et 3).

bien aux licences libres, puisque le caractère gratuit de la cession est indifférent³⁸. Or, force est de constater que la plupart des licences libres³⁹ ne délimitent pas l'étendue de la cession tel que la loi l'exige. Il faut donc en conclure que la nullité est encourue par ces contrats, nullité relative puisque le fondement de la règle est la protection de l'auteur⁴⁰. Par ailleurs, il est possible de concevoir le principe de *copyleft* (ou de "viralité") comme un engagement à céder les droits sur les modifications⁴¹, ce qui le ferait tomber sous le coup de l'article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Mais en réalité, le principe très astucieux des licences libres fait qu'en pratique, on voit mal une telle licence annulée en justice : les contentieux sont rares du fait de l'acceptation unanime de ces règles du jeu, et la réalité des actions judiciaires fait que l'hypothèse d'une telle demande en justice est hautement improbable, pour ne pas dire logiquement impossible.

B. —Brevet

17. – Du brevet aux portefeuilles de brevets. C'est désormais un fait acquis pour les titulaires de brevets de raisonner non plus en termes de dépôt de brevet, mais en termes de gestion de *portefeuilles* de brevets. La complexité croissante des technologies contemporaines explique une augmentation parallèle du nombre de brevets : le caractère cumulatif de la technologie crée un complexe de systèmes et sous-systèmes enchevêtrés. Sans doute peut-on constater une dérive faisant primer la quantité de brevets sur leur qualité. Et voir se transformer la fonction de l'action en contrefaçon de brevet, désormais davantage tournée vers une entrave de la concurrence que sur la cessation d'actes de contrefaçon. Une telle déviance est facilitée par la rapidité du développement de la technologie (l'action « de blocage » est donc efficace) et le caractère cumulatif de la technique informatique⁴².

18. – L'importance du contrat. L'intérêt des licences croisées prend une ampleur particulière dans ce contexte de « broussaille de brevets ». D'ailleurs, le propriétaire du brevet contrefait doit se demander s'il n'a pas intérêt à négocier avec le contrefacteur, avant

³⁸ CA Paris, 29 avril 1998, *RIDA* 1998, n°4, p.278 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, *Com. com. électr.* 2001, comm. n°34, note C. Caron.

³⁹ À l'exception de la licence Open Source (OSL).

⁴⁰ A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, n°582, p.542.

⁴¹ V. à propos du logiciel : F. de Patoul, « Logiciels libres et droit d'auteur : les droits moraux et les règles contractuelles », *Les logiciels libres face au droit, Cahiers du CRID, Bruylant* 2005, p.91, n°203 p.131 (« Le bénéficiaire d'une licence de logiciel libre s'engage à céder ses droits sur les modifications qu'il apporterait à l'œuvre en cas de distribution de la version modifiée du programme »).

⁴² S. Subramanian, « Patent Trolls in Thickets : Who is Fishing Under the Bridge », *EIPR* 2008, 30(5), p.182. Il en est de même par exemple dans le domaine des nanotechnologies : J. D'Silva, « Pools, Thickets and Open Source Nanotechnology », *EIPR* 2009, 31(6), p.300.

d'introduire une action, une licence tenant compte de l'illicéité des actes d'exploitation passés⁴³. L'importance des *patent pools* ou encore des licences *FRAND* ne fait, en tout état de cause, aucun doute.

19. – Conclusion. La préoccupation, naturelle et classique, d'identifier et d'articuler les titularités de droits est renouvelée par le développement des créations informatiques dans la société. La complexité est le maître-mot, et il faut appréhender les situations en tenant compte de ce caractère. Qualification, contractualisation : la multiplication des titulaires potentiels implique une mise en œuvre complexe des règles légales et conventionnelles. Les principes fondamentaux ne sont pas remis en cause, mais la complexité nécessite une rigueur certaine dans leur application.

⁴³ V., suggérant à propos des « motivations du contentieux informatique » de se poser la question, même dans une hypothèse évidente de contrefaçon servile : M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, Paris, 2017, n°1165.