Certains pourront cependant se réjouir de la décision. Celle-ci tend à favoriser la protection des oeuvres, cela à un moment où de nombreux juristes de tradition de droit romano-germanique redoutent un certain impérialisme des droits de tradition du common law en cette matière. L'oeuvre avec son auteur, élément clé de cette affaire, a été mise en avant avec autorité. Sa protection est d'ordre public.

4.2 CPI Jouv 9

Problématique de l'informatique et des nouvelles technologies de l'information*

Jean-Paul Triaille

Les rapports qu'entretiennent le droit d'auteur et les nouvelles technologies de l'information[1] sont de deux sortes: d'une part, le droit d'auteur est de plus en plus sollicité par les «créateurs» (et les producteurs) pour accorder sa protection à de nouveaux produits informatiques (A); d'autre part, les nouvelles technologies offrent de plus en plus de possibilités d'utilisation de l'information qui favorisent la violation des droits des auteurs (B). Il y a donc d'un côté, une extension du domaine du droit d'auteur au bénéfice des nouvelles industries, et d'un autre côté, un risque d'affaiblissement de l'efficacité de sa protection, au détriment de nombreux créateurs et auteurs.

A. Le droit d'auteur, moyen de protection de l'innovation technologique

Il est plus original d'observer que le droit d'auteur est applicable aux programmes d'ordinateurs, aux banques de données, aux systèmes-experts, etc.[2].

© Jean-Paul Triaille, 1991.

* Rapport belge préparé par Jean-Paul Triaille, avocat chargé de recherches au CRID de la faculté de Namur (Belgique), dans le cadre du congrès de 1991 de l'ALAI, *Le droit d'auteur dans le nouveau paysage de la propriété intellectuelle*.

1. Par «nouvelles technologies de l'information», on vise ici non seulement les nouveaux produits (logiciels, banques de données, systèmes-experts...), mais aussi les nouveaux services (télématique, transfert électronique de données EDI...) et les nouveaux moyens de communications de l'information (télécommunications, câble, satellites...).
2. Sur la question de la protection du logiciel en Belgique, si la jurisprudence est assez lacunaire, la doctrine est assez abondante; pour des références sur ce sujet, voir notre rapport au Congrès 1989 de l'ALAI, publié dans *L'informatique et le droit d'auteur*, Éditions Y. BLAIS, Québec, 1990, p. 93 à 112. Depuis lors,

En ce qui concerne les logiciels, qui à la fois sont des oeuvres «écrites» et qui permettent d'actionner une machine, on voit bien que l'objet se situe à la frontière de la propriété «littéraire» (intellectuelle) et de l'invention (industrielle); c'est ce qui justifie que, dans de nombreux pays, le droit d'auteur soit certes utilisé, mais qu'en même temps, le droit des brevets soit également invoqué (et de plus en plus souvent aux États-Unis, ce qui soulève des interrogations).

Le logiciel, en entrant dans la sphère du droit d'auteur, soulève une série de problèmes et de remises en question. Sans entrer dans les détails, on en mentionnera certains:

- **l'originalité**: faut-il opter pour une exigence élevée d'originalité (s'approchant de la notion de nouveauté du brevet) ou se contenter d'une notion proche de celle du *copyright* anglo-saxon (où il suffit que l'oeuvre ne soit pas copiée pour qu'elle soit originale)[3]?

- **la titularité**: reste-t-il souhaitable que le créateur du programme (le plus souvent dans le cadre d'un contrat de travail ou de commande) soit titulaire, sauf convention contraire, de tous les droits sur le logiciel? Peut-on au contraire établir en principe que l'employeur ou le commanditaire le soit? Et *quid* d'un programme essentiellement créé grâce à un premier programme?

- **la distinction fond-forme**: cette distinction, aisément applicable à une peinture ou à un roman, l'est-elle encore pour le logiciel? Où tracer les limites, dans un logiciel, d'une protection qui doit se limiter à la forme?

- **les droits patrimoniaux de reproduction et de représentation**: cela a-t-il un sens de dire qu'il y a «reproduction» (soumise à autorisation) dans le cas où l'ordinateur ne fait qu'enregistrer très temporairement dans sa mémoire le contenu d'une disquette, dès lors qu'une telle opération est nécessaire pour l'utilisation du programme acquis? La visualisation du programme (ou de ses résultats) à l'écran met-elle en jeu le droit de reproduction ou le droit de représentation?

- **les droits moraux**: dès lors que leur objectif est de faire respecter la personnalité de l'individu qui s'exprime, ont-ils un sens pour le logiciel?

- **la durée**: celle-ci (qui sera souvent de 50 ans) est-elle opportune, néfaste ou inoffensive pour l'incitation à la création[4]?

- **l'opération de décompilation** («*reverse-engineering*»), qui consiste à devoir faire une reproduction du programme (la forme) pour atteindre les idées sous-jacentes (le fond), est-elle interdite[5] ou licite[6]? À cet égard, le logiciel constitue, semble-t-il, la première oeuvre dans l'histoire du droit d'auteur, où la forme, loin de révéler l'idée, la protège et, dans une certaine mesure, en barre l'accès: pour extraire les idées d'un livre ou d'un tableau, il n'est en effet pas nécessaire de procéder à une reproduction, alors que, en raison de ses particularités techniques, c'est le cas pour le logiciel.

La plupart de ces questions ont été abondamment illustrées à l'occasion de l'annonce par la Commission des Communautés européennes d'un projet de directive relative à l'harmonisation de la protection juridique des programmes d'ordinateurs, ainsi que par les nombreuses études qui ont suivi sa publication et par les nombreuses controverses que ses dispositions ont suscitées[7].

quelques décisions jurisprudentielles sont venues timidement confirmer la tendance à la protection par le droit d'auteur; voir notamment Conseil de guerre, Bruxelles, 20 décembre 1988, publié dans *D.I.T.*, 1990/3, p. 69. Quant au projet de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* (dite «proposition Lallemand»), voir l'analyse séparée qui en est faite *infra*.

3. À propos de la condition d'originalité telle qu'elle est conçue en droit belge, voir le rapport d'A. STROWEL pour le Congrès ALAI 1991, *L'originalité en droit d'auteur*.

4. Même si le logiciel lui-même sera rapidement obsolète, la protection qui subsisterait longtemps empêcherait qu'on réutilise certaines parties du programme pour réaliser un produit amélioré, ce qui retarde le progrès.

5. Ce sera le cas si l'objectif premier du droit d'auteur est de *protéger la forme de l'oeuvre*, même si cela a pour conséquence qu'on protège par là même l'idée sous-jacente (le fond).

6. Ce sera le cas si l'objectif premier du droit d'auteur est de *garantir la circulation des idées*, quitte à permettre dans ce but une certaine atteinte à la forme de l'oeuvre.

7. Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, n° C 91/4, 12/4/1989. À la suite de nombreuses discussions et négociations qui ont suivi, ainsi qu'aux amendements proposés par le Parlement européen, le texte a été largement modifié. Le 13 décembre 1990, il a fait l'objet d'une position commune arrêtée par le Conseil; on peut considérer que le texte qui sera adopté ne s'en éloignera plus beaucoup. Sans entrer dans le détail, on rappellera qu'il instaure un régime de protection par le droit d'auteur.

En ce qui concerne les banques de données, c'est notamment tout le problème de «la protection des données brutes» qui est posé[8]. Dans ce cas, la protection limitée à la forme risque bien d'être inefficace: celle-ci peut en effet aisément être modifiée[9]; et c'est le contenu lui-même qu'on essaiera de protéger (la somme d'informations rassemblées dans la banque de données), de même que le travail et les investissements requis pour collecter les informations et les compiler[10] – tous éléments dont le droit d'auteur ne tient aucun compte. La condition d'originalité est ici inadéquate[11], et on se trouve maintenant à une autre frontière du droit d'auteur: non plus celle qui le sépare de la propriété industrielle, mais celle qui le différencie du droit de la concurrence déloyale et des agissements parasitaires. À ce propos, on sait que la théorie de la concurrence parasitaire, en tant que complément ou substitut à la protection littéraire, est assez bien reçue par la jurisprudence belge[12], de même qu'en France et en Suisse.

On signalera que, dans ce domaine aussi, la Commission des Communautés européennes avait envisagé dans son *Livre vert*[13] de proposer une directive d'harmonisation des régimes de protection juridique des bases de données. Une audition a été organisée par la Commission en avril 1990, de laquelle il est ressorti que le droit d'auteur était préconisé par la grande majorité des participants. En décembre 1990, la Commission a confirmé son intention d'élaborer prochainement une directive dans ce sens[14].

En conclusion, on voit qu'en pénétrant dans le domaine du droit d'auteur, les logiciels et les banques de données remettent parfois en

8. À ce sujet, voir la thèse de P.B. HUGENHOLTZ, *Auteursrecht op informatie*, Kluwer Deventer, Amsterdam, 1989. À propos de la question de la protection des banques de données en Belgique (où il n'y a encore aucune jurisprudence sur le sujet), voir le rapport de F. BRISON au Congrès 1989 de l'ALAI, dans *L'informatique et le droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 349 à 360.
9. Voir *infra*.
10. Voir la notion de «products of skill and labour» en Angleterre, et la doctrine du «sweat of the brow» aux États-Unis.
11. À propos de l'originalité en droit belge, voir le rapport d'A. STROWEL, précité.
12. Voir par exemple Bruxelles (8e ch.), 14-3-1989, *Revue de droit intellectuel*, 1989, p. 115 (imitation servile de documents techniques); Bruxelles (4e ch.), 25-6-1968, *Revue de droit intellectuel*, 1968, p. 319 (reproduction de cartes géographiques).
13. *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, Com (88), 172 final.
14. Suites à donner au *Livre vert*, communication de la Commission, Com (90), 584 final, 5/12/1990.

cause ses frontières[15], son objectif[16] et ses notions fondamentales[17], et obligent en tout cas le juriste à s'interroger.

B. L'informatique, facteur de violation du droit d'auteur

Les possibilités ouvertes par les nouvelles technologies de l'information multiplient les risques d'atteinte au droit d'auteur.

Les nouveaux moyens de reproduction des oeuvres rendent en effet la reproduction de plus en plus facile et rapide; de plus, les coûts de la reproduction diminuent constamment tandis que les résultats sont de plus en plus «fidèles» et performants. Les nouvelles techniques permettent tantôt une reproduction plus «privée» (à domicile) et tantôt une reproduction plus internationale (par télécommunication). Enfin, les possibilités techniques ont rendu la reproduction plus incontrôlable.

D'une part, l'informatique a multiplié les possibilités de stockage et d'enregistrement des oeuvres, de même que l'impression (et l'édition) des oeuvres par les particuliers. Elle a aussi permis l'adaptation, le traitement, le «reformatage» et la modification de leur présentation formelle (avec la possibilité de créer des oeuvres dérivées): ce sont ainsi non seulement les droits patrimoniaux qui sont en jeu, mais aussi les droit moraux (comme le montre par exemple le débat sur la colorisation des films tournés en noir et blanc).

D'autre part, avec l'amélioration constante des capacités techniques de transmission des réseaux (encore augmentée par la tendance à la privatisation et à la libéralisation des télécommunications), avec l'utilisation des satellites, la multiplication des réseaux privés (télématique grand public, transfert électronique de données TED-EDI), les télécommunications ont, quant à elles, augmenté les possibilités de communication des oeuvres à l'échelle planétaire, rendant par là le contrôle de l'utilisation des oeuvres beaucoup plus difficile.

La combinaison de l'informatique et des télécommunications a, très naturellement, encore accentué le processus.

15. Avec le droit de la propriété industrielle et celui de la concurrence déloyale (sans oublier le droit pénal, parfois appelé à la rescousse, à côté du droit d'auteur, en cas de «vol» de logiciels).
16. La protection de la forme ou la circulation des idées (voir *supra* à propos de la décompilation).
17. Notamment l'originalité, le droit de reproduction et la distinction idée-forme.

D'un point de vue politique et social, ces développements sont bénéfiques en ce qu'ils peuvent faciliter l'accès de tous à l'information; et en ce sens un retour en arrière n'est ni souhaitable ni d'ailleurs possible. Il reste dès lors à trouver les formules juridiques qui permettent de sauvegarder des incitants suffisants pour la création.

Cela constituera, avec les questions soulevées par l'inclusion des logiciels et des autres produits informatiques dans le domaine du droit d'auteur, l'un des défis posés, dans les années à venir, aux praticiens et aux théoriciens du droit d'auteur.

CONCLUSION

Ainsi qu'on l'a vu, à la suite de l'introduction des nouvelles technologies de l'information dans le champ du droit d'auteur, un double phénomène se produit.

D'un côté, on observe une extension importante du domaine d'application du droit d'auteur, qui montre par là sa grande souplesse. Cela bénéficie aux nouvelles technologies, qui obtiennent les avantages de sa protection; de plus, comme l'importance économique du droit d'auteur augmente en conséquence, on peut espérer que cela favorisera la prise de conscience, tant chez les particuliers que par le législateur, de la nécessité d'une protection effective des droits d'auteur.

D'un autre côté, parallèlement à l'extension du domaine du droit d'auteur, on assiste à une multiplication des possibilités de reproduction et de traitement de l'information, qui constituent autant de menaces d'affaiblissement de sa protection.

ANNEXE

Proposition de loi belge, dite «proposition Lallemand»[18]

La loi belge sur le droit d'auteur a l'âge de la Convention de Berne, mais elle fait actuellement l'objet de projets de réforme; parmi ceux-ci, la *proposition Lallemand* occupe une place importante. Et celle-ci contient quelques dispositions relatives aux logiciels. Dans les lignes qui suivent, on comparera très brièvement ces dispositions à celles de la proposition initiale de directive européenne[19].

18. Proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'oeuvres sonores et audiovisuelles, Doc. parl., Sénat, *S.E.*, 10 juin 1988, 329-1.
19. Notre texte reprend en substance le contenu d'une analyse que nous avions réalisée avec F. BRISON pour la section belge de l'ALAI.

La *proposition Lallemand* consacre trois articles au logiciel dans sa section 4 «Du droit d'auteur sur les logiciels». En n'incluant pas ces articles dans sa section 3 «Du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires», la *proposition Lallemand* prend une autre voie que celle proposée par la proposition de directive et considère le logiciel comme une catégorie distincte d'oeuvres protégées.

Selon l'article 29, la proposition prévoit une exception à la règle de la titularité des droits d'auteur, en faveur de l'employeur. Par dérogation au projet de directive, une exception similaire en faveur du maître d'ouvrage fait défaut.

Selon l'article 30, la proposition de loi, contrairement au projet de directive, admet la copie de sauvegarde. Par contre, elle ne prévoit pas les autres exceptions obligatoires prévues par le texte communautaire.

Selon l'article 31, la durée de protection serait limitée à vingt-cinq ans, contrairement à la proposition de directive qui prévoit cinquante ans (à partir de la création du programme).

Dans l'attente de l'adoption de la directive européenne, qui ne devrait tarder, il ne semble pas utile de proposer des modifications au texte de la proposition de loi belge. Il est peu vraisemblable que la proposition belge soit adoptée avant la directive européenne. Si, toutefois, cela se présentait, il serait plus prudent de supprimer du texte belge toute la section 4 relative aux logiciels puisque la nouvelle loi, à peine adoptée, serait appelée à être remodifiée (ce qui, entre autres, poserait inévitablement des problèmes de droit transitoire). Entre-temps, il faut laisser à la jurisprudence le soin d'organiser une protection efficace des programmes dans la ligne du droit d'auteur, et en temps utile, adapter le droit belge (ancienne loi encore en vigueur ou nouvelle loi adoptée) pour le rendre conforme à la nouvelle européenne.