

Protections juridiques du logiciel

Aperçu du droit belge

Cet article présente un bref tour d'horizon des principales questions juridiques liées à la protection du logiciel en droit belge, et s'adresse prioritairement aux lecteurs non avertis: informaticiens, économistes, chefs d'entreprise, juristes non spécialisés en ce domaine.

L'aspect pratique du problème a été privilégié face aux multiples controverses doctrinales qu'il suscite. Le lecteur ne trouvera donc pas dans ces pages une étude fouillée et complète de l'ensemble des questions juridiques, principalement théoriques, relatives à la protection du logiciel, il peut consulter à ce sujet l'abondante Doctrine tant belge qu'étrangère. Cet article est également publié dans un numéro spécial du Journal de Réflexion sur l'Informatique édité par l'Institut d'Informatique de Namur consacré au droit de l'informatique et à l'informatique juridique en Belgique.

Enjeux économique et juridique

Signalons d'emblée que la question de la protection juridique des biens informatiques ne se pose réellement que pour le logiciel. En effet, la protection juridique du matériel ne suscite aucune difficulté particulière. C'est donc du logiciel qu'il sera principalement question ici.

Tout bien informatique dont la création requiert des investissements considérables représente une grande valeur économique.

Parallèlement à la croissance de ce marché, s'est développé un intense trafic de copie illégal qui sévit à tous les niveaux: de l'étudiant à la profession libérale ou à l'entreprise jusqu'aux « pirates » professionnels.

L'explication de ce phénomène tient à la fois de la technique et de la psychologie.

D'une part la reproduction d'un logiciel est d'une grande facilité pour une personne un peu avertie de l'informatique et d'autre part, la plupart des copieurs ne perçoivent pas leur comportement comme répréhensible tant ils ont le plus souvent l'impression de «jouer» ou de «faire une bonne affaire».

Quoi qu'il en soit, les fabricants font alors appel au Droit pour sauvegarder le fruit de leur travail.

Bien que le principe de la protection juridique soit unanimement admis, la difficulté vient de l'apparente inadéquation et inefficacité des instruments traditionnels du Droit à cerner cette nouvelle réalité.

Avant d'esquisser un tour d'horizon de ces diverses techniques juridiques, une double observation s'impose.

D'une part, il n'existe en Belgique pratiquement aucune loi ni aucune décision de Jurisprudence relevantes en ce domaine, contrairement à la plupart des pays étrangers. Ceci ne signifie nullement que le Droit belge n'est pas à même de faire face à ce défi, mais qu'il n'a pas encore eu vraiment l'occasion de se prononcer. Une partie de l'approche relèvera donc, sans s'apesantir toutefois sur les controverses qui jalonnent cette matière, de l'étude de notre Doctrine et du droit comparé.

D'autre part, la réponse à apporter ne peut être équivoque: il n'existe pas un mode de protection idéal à l'exclusion de tout autre. Diverses techniques juridiques peuvent se cumuler afin d'offrir une meilleure protection et le choix de celles-ci n'est pas indifférent quant à ses conséquences.

Garder le monopole de sa création

Tout d'abord, un auteur peut se voir reconnaître par la loi un monopole sur sa création: il s'agit de la *propriété intellectuelle* qui comprend la propriété industrielle (brevet) et la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur).

Le **droit des brevets**, réglé en Belgique par la loi du 28 mars 1984 ainsi que par la Convention de Munich de 1973 sur le brevet Européen, énonce que sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

Le droit des brevets constitue la voie naturelle de protection du matériel informatique pourvu qu'il réponde aux conditions de brevetabilité. En matière de logiciel, on serait également tenté de faire appel à ce droit de la propriété industrielle. Pourtant l'article 52 § 3 de la Convention de Munich exclut expressément la possibilité de breveter un logiciel « en tant que tel » pour des raisons plus historiques que juridiques. Cette interdiction n'a pas empêché une partie de la Doctrine belge de considérer qu'il serait théoriquement possible de breveter un procédé satisfaisant aux conditions de brevetabilité et dont une des étapes serait réalisée à l'aide d'un logiciel. Dans ce cas, la demande de brevet ne porte plus sur le logiciel « en tant que tel » mais sur tout le procédé. Jusqu'à ce jour, aucune juridiction belge n'a encore eu à se prononcer sur cette question. A

l'étranger, par contre, une telle solution fut adoptée par les tribunaux dans certaines affaires. Cependant, une réponse globale au problème ne doit pas être recherchée du côté des brevets. En effet, d'une part la solution décrite ci-dessus reste marginale et d'autre part, outre l'interdiction légale, la plupart des logiciels ne remplissent pas les conditions de brevetabilité.

Le **droit d'auteur**, régi en Belgique par la loi du 22 mars 1886 et par deux Conventions (Berne 1886 - Universelle 1952) protège toute œuvre originale peu importe son mérite ou sa destination, à l'exclusion de l'idée qui la sous-tend. Seule la forme est donc protégée à l'exclusion du fond. Aucune disposition légale ne traite explicitement du logiciel, de même nos tribunaux n'ont pas encore eu à juger de l'application ou non du droit d'auteur au logiciel.

La plupart des auteurs belges estiment cependant qu'un tel droit peut protéger adéquatement le logiciel, bien que le but premier de ce droit vise la protection d'œuvres du monde de l'art. De plus, des tribunaux belges ont déjà rendu des ordonnances de saisie-description en matière de logiciel. Cette procédure judiciaire efficace dont le but n'est pas de trancher l'affaire au fond mais de mettre rapidement un terme aux agissements des « pirates » constitue à l'heure actuelle en Belgique un des meilleurs moyens de protection (voir à ce sujet De Kersmaeker, C., La saisie-description de logiciels, revue Droit de l'Informatique, n° 7, Story-Scientia, 1985).

Or cette saisie-description n'est ouverte qu'aux seuls possesseurs de brevet ou titulaires de droit d'auteur.

Comme le brevet de logiciel est assez rare, on est tenté de déduire de cette pratique la reconnaissance implicite par notre Jurisprudence de l'application du droit d'auteur au logiciel.

A l'étranger, la grande majorité des législations, Doctrines et Jurisprudences, ont clairement pris position en faveur de ce type de protection. Cependant, si le droit d'auteur semble être la voie choisie, les difficultés d'interprétation et d'application des principes classiques de ce droit au

logiciel ne manquent pas. Pour n'en citer que quelques-unes: le droit d'auteur protège la forme et non le fond, comment les distinguer dans un logiciel?; la condition d'originalité exigée n'est remplie que par une partie des logiciels; la durée de protection de 50 ans est trop longue; le droit d'auteur s'attachant au créateur, un logiciel créé par un employé appartient à ce dernier et non à l'employeur; etc. Ces questions doivent être résolues soit par la Jurisprudence soit par le législateur qui peut adapter certains principes du droit d'auteur au logiciel; solution d'ailleurs choisie récemment en France.

Pouvoir garder le secret

Indépendamment de la propriété intellectuelle, le créateur peut choisir de garder le *secret* sur son œuvre; secret qui peut être protégé de diverses manières.

Le **droit des contrats** est la première de celles-ci:

Le logiciel considéré comme du savoir-faire, peut être exploité ou gardé secret par contrat.

Dans le cadre des relations de travail, indépendamment des clauses expresses de non-communication du savoir-faire de l'entreprise dans les contrats des employés, l'article 17-3 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail impose à l'employé un devoir général de discrétion sur les secrets de l'entreprise. De plus, dans le cas de création de logiciels par un salarié, l'employeur, pour éviter que le droit d'auteur ne revienne à celui-ci, peut prévoir dans le contrat une cession automatique des droits de l'employé au profit de l'employeur.

Enfin, l'entreprise qui communique à titre onéreux son savoir-faire à des clients (licence de logiciel p.e.) prendra contractuellement quelques précautions: seul un simple droit d'utilisation sera concédé, les autres droits sur le logiciel restant la propriété de l'entreprise; obligation de discrétion à charge du client, etc. Cependant la protection par contrat n'est efficace qu'entre parties et ne concerne en rien les tiers. Pour atteindre ceux-ci, d'autres mesures sont nécessaires.

Le **droit de la concurrence** offre au créateur «piraté» plusieurs protec-

tions. L'action en concurrence déloyale qui peut être intentée contre un «pirate» s'il a la qualité de commerçant est une simple application du droit de la responsabilité civile. De plus, le commerçant lésé peut introduire une action en cessation des agissements du «pirate» lorsque ceux-ci sont contraires aux usages honnêtes en matière commerciale (articles 54-55 loi du 14 juillet 1971). Cette procédure qui peut être intentée en cas de violation de secrets de fabrique ou pour copie servile n'a été à notre connaissance utilisée que deux fois (Trib. Com. Bruxelles 17/09/1982, R.D.C., 1983, p. 642 et Appel Anvers 24/6/1985, Computerrecht, n° 7, p. 42).

Remarquons cependant que l'action en cessation est exclue en cas de contrefaçon sanctionnée par brevet ou droit d'auteur. Si donc on admet la protection du logiciel par droit d'auteur, une telle action devient impossible. Or ces deux décisions, bien que muettes sur ce point, semblent ne pas partager l'avis de la Doctrine dominante.

Enfin le **droit pénal**, outre qu'il peut sanctionner la fraude informatique au sens large, présente, dans une certaine mesure, des réponses partielles à ce problème.

Le vol (article 461 du Code pénal) qui est la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui ne s'appliquera qu'en cas de soustraction du support matériel du logiciel.

Ainsi le pillage de logiciel qui est le plus souvent réalisé par simple reproduction de l'original sans soustraction de ce dernier ne tombe pas sous le coup de cet article.

Cependant cette interprétation est contestée, ainsi deux décisions récentes ont qualifié de vol le simple copiage d'un programme original (Anvers, 13/12/1984, revue Droit de l'Informatique, 86-2, p. 30; trib. correct. Bruxelles, 31/1/1986, inédit). Enfin une autre infraction à l'article 309 du C.P. punit la communication frauduleuse des secrets de fabrique par un employé. Quoiqu'une simple divulgation fautive et l'exploitation de ce secret par un tiers de bonne foi ne soient pas réprimés, ce délit paraît tout de même plus adéquat que le vol.

Sobemap

L'usine à progiciels

Gérald Lallemand, l'actuel patron de la division informatique de la Sobemap, fait ses premières armes dans ce métier chez IBM, en 1963. Deux ans plus tard, il passe au service d'Univac. Lorsque la Sobemap, en 1967, ouvre ses activités (jusqu'alors cantonnées dans le marketing industriel et l'aménagement du territoire) au traitement électronique des données, il fait partie des spécialistes engagés.

La « Société belge d'économie et de mathématique appliquées », née avec les années soixante, a eu longtemps comme actionnaires majoritaires le groupe Electobel et la SEMA (de la banque Paribas). C'est cette dernière qui a repris l'essentiel du portefeuille d'actions, mais tout financement, actuellement, se fait à partir des fonds propres.

Moteur : le profit

« Ici, d'ailleurs, souligne Gérald Lallemand, la rentabilité financière est une motivation principale, c'est le moteur de notre croissance ». L'allusion à certaine concurrente est claire. La profitabilité de la Sobemap se monte à 7 ou 8 % avant impôt, alors que cet indicateur, pour la moyenne du secteur — très atomisé en Belgique puisqu'il s'y bouscule plus de 500 sociétés (*) — est d'à peine 2 %. La croissance de la société, ces dernières années, s'est poursuivie à un rythme annuel de 25 à 30 %. Ainsi, le chiffre d'affaires de 1985 a été arrêté à 988 millions, soit un progrès de 27 % (l'informatique y intervenant pour 770 millions, près de quatre-



Gérald Lallemand, ou comment vendre du belge à des Français. (photo S. Pauwels).

vingts pourcent). Si l'on consolide ces résultats avec ceux du service bureau attaché à la Sobemap, la SGAB, le volume global grimpe aux alentours de 1,2 milliard.

Evolutivité

Cette évolution très favorable du CA (comparée à la moyenne du secteur que Gérald Lallemand situe à 15 ou 17 %), il l'explique par une évolutivité dans les préoccupations de la société. Après l'activité de marketing des débuts et la consultance en informatique retenue pour les années septante, c'est vers le logiciel qu'elle

(*) Il faut nuancer ce chiffre par le fait que les 35 membres de l'Insea font à eux seuls 11 milliards, soit plus de la moitié du CA global de ce secteur.

Au terme de cette courte présentation des protections juridiques classiques, nous constatons que la matière ne souffre pas d'un vide juridique mais plutôt d'un « trop-plein ». En effet, bien que la tentation de créer une protection « sui generis » spécifique au logiciel soit grande, la plupart des pays ont opté pour le droit d'auteur et, de plus, un cumul ou une combinaison de diverses techniques juridiques peuvent s'avérer complémentaires; techniques dont l'affinement par la Jurisprudence ou par la Loi assureront au logiciel une protection fiable sans devoir recourir à un instrument d'un nouveau type. Toutefois il convient de nuancer quelque peu ces propos. En effet, un bien informatique particulier, la « puce », vient de recevoir de deux législations étrangères une consécration juridique originale.

La « puce », minuscule plaquette de silicium représentant le plus souvent un circuit intégré, s'est vue dotée aux U.S.A. en 1984 et au Japon en 1985 d'une protection juridique spécifique qui s'apparente à la propriété intellectuelle. Bien qu'il paraissait évident qu'un tel matériel aurait pu être protégé par brevet ou droit d'auteur, ces nouvelles lois ont été rendues nécessaires selon ces pays, pour des motifs économiques (importance financière du marché) et juridiques (carence des formules classiques de protection). Quoique le Droit belge ne soit pour l'instant en rien concerné, la condition de réciprocité contenue dans la loi américaine (protection des puces étrangères aux U.S.A. dans la mesure où les puces U.S. sont protégées à l'étranger) a poussé l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et la C.E.E. à préparer, l'un un projet de Traité, l'autre une proposition de directive visant à protéger ces « puces ». L'adoption de ces propositions au niveau international est attendue prochainement.

Ainsi, on a finalement recouru à un type nouveau de protection juridique qui, peut-être, portera atteinte à la cohésion du Droit et risque d'accroître encore l'inflation législative.

Bruno Lejeune
Assistant au Centre de Recherches
« Informatique et Droit »
des Facultés de Namur