

LA PROTECTION DU LOGICIEL EN EUROPE

Allemagne, Belgique, France,
Italie, Luxembourg, Pays-Bas

litec

Libraire de la Cour de cassation
27, place Dauphine 75001 Paris

-- 1989 --

complexes, de ceux qui ont des fins pratiques à ceux qui ont des fins ludiques et si on ajoute que plusieurs programmes peuvent arriver au même résultat final par des procédures logiques et opératives bien différentes entre elles, on verra comment chaque programme peut présenter les qualités de la nouveauté (par rapport à l'état des connaissances actuelles), de l'originalité (par rapport aux programmes similaires) et de la non banalité (pour la qualité du résultat obtenu ou de la procédure qu'on a suivi) dans lesquels se réalise en définitive le caractère créatif mentionné dans l'article 1 de la loi sur le droit d'auteur.

(12) Dans : Foro Italiano, 1963, I, 229.

(13) On citera le deuxième alinéa de l'article 1 du projet Tedeschi : "Sont aussi protégés aux termes de cette loi non seulement les programmes d'ordinateur et la documentation auxiliaire relative quelle que soit la façon ou la forme d'expression, étant bien entendu que les droits exclusifs accordés par cette loi aux programmes d'ordinateur et à la documentation relative ne s'étendent pas aux procédures, aux techniques, aux procédés et aux méthodes utilisés ou appliqués, mais aussi aux langages utilisés et aux normes relatives".

(14) "Tenu compte du niveau moyen d'attention du public (qui d'habitude est doué pour distinguer un jeu vidéo d'un autre pas par la marque mais plutôt par le genre du jeu)".

(15) "... mais il faut considérer (et cela par rapport à la prévision du nr. 3 art. 2598) le fait que la reproduction d'un programme produit par d'autres épargne au producteur de dépenser des sommes considérables pour le projet et la recherche qui sont absorbés par une technique toujours plus raffinée".

LUXEMBOURG

André PRÜM

Chargé d'enseignement
à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de Montpellier

INTRODUCTION

TERMINOLOGIE

1. - Pas d'éléments terminologiques.

APERCU HISTORIQUE

2. - Il y a peu de temps, la définition du régime juridique des logiciels n'éveillait guère l'attention au Grand-Duché du Luxembourg. L'insouciance s'expliquait peut être par la pénurie des créations nationales dans le domaine de l'informatique. C'était négliger le fait que la protection est destinée à profiter à toutes les productions exploitées sur le territoire, quelles que soient leurs provenances. Or, le pays est doté d'un important parc informatique. L'essor de son économie, orientée essentiellement vers le secteur des services, en dépend étroitement. De surcroît, les rares logiciels développés par des auteurs luxembourgeois sont, de manière générale, commercialisés sur le territoire par des éditeurs étrangers.

Les difficultés qu'allait susciter la réservation des nouvelles valeurs informationnelles, produits de l'informatique et de la télématique, ne sont pourtant pas ignorées du législateur luxembourgeois. Dès 1972, les travaux préparatoires de la loi sur le droit d'auteur soulèvent la question de l'élaboration d'un "statut juridique des programmes d'ordinateurs ou celui des télécommunications par satellite" (1). Mais, en l'absence de toute pression exercée par les acteurs de la vie économique, le Parlement ne s'est pas décidé d'intervenir. Récemment, à propos de la réforme du droit des brevets d'invention, les députés affirment que "la protection peut découler du droit d'auteur, de la législation sur la concurrence déloyale et les secrets de fabrique ou d'un brevet d'invention". Mais, "bien que lesdits régimes n'assurent pas la protection d'une manière suffisamment efficace", ils estiment qu' "il ne saurait appartenir au Luxembourg d'innover en la matière à l'heure actuelle" (2). Est-

ce un aveu que nous attendons de nous inspirer des solutions qui s'imposeront dans les pays voisins ?

L'état d'inaction aurait contenté tout le monde, si une série de questions parlementaires n'avaient pas ravivé le débat. Sur l'invitation d'un député perspicace, le Ministre de l'Economie et des Classes moyennes ainsi que le Ministre de la Justice ont été obligés d'expliquer leur position. Les réponses évasives témoignent du malaise ressenti. Elles fournissent néanmoins à l'heure actuelle les seules indications dont nous disposons.

A l'absence de textes et au caractère succinct des précisions données par l'administration se conjuguent la pauvreté de la doctrine (3) et le défaut de jurisprudence. A notre connaissance, aucun litige concernant la violation des droits existants sur un logiciel n'a encore été porté devant les juridictions luxembourgeoises.

En définitive, le statut juridique des programmes d'ordinateur doit être esquissé à partir des seules données du droit commun de la propriété intellectuelle : droit d'auteur et brevet d'invention.

Mais, à côté de ces deux techniques de réservation, la théorie de la responsabilité civile est susceptible d'assurer une protection de caractère "paraprivatif". L'application originale qu'en fait la législation luxembourgeoise en matière de concurrence déloyale mérite un rapide détour.

I - PROTECTION PAR BREVET

3. - Le droit luxembourgeois sur les brevets d'invention remonte à l'époque de l'Union Douanière Allemande (*Zollverein*), à laquelle appartenait le pays. La loi du 30 juin 1880 (4), toujours en vigueur, est issue de cette coopération économique étroite et s'inspire largement du texte allemand, du 25 mai 1877.

Ce n'est qu'à la suite de l'adhésion du Grand-Duché à la convention de Paris concernant la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883, que la législation nationale s'est progressivement libérée de l'influence germanique. L'occasion aura permis au législateur luxembourgeois d'introduire les harmonisations internationales successives. A plusieurs reprises le texte originel de la loi de 1880 a été modifié : loi du 27 avril 1922 (5), arrêté grand-ducal du 13 octobre 1945 (6), et loi du 31 octobre 1978 (7). Un arrêté ministériel du 9 novembre 1945 (8) a organisé la procédure administrative.

Si tel est encore l'état du droit positif, celui-ci sera amené à évoluer dans un futur imminent. Décidé à refondre le droit des brevets, le Ministère de l'Economie et des Classes moyennes, a déposé un projet de loi, le 13 mai 1986. Le texte est actuellement en discussion devant la chambre des députés, qui ne devrait pas tarder à le voter ((9)).

Peut-on breveter les logiciels en droit luxembourgeois ?

L'attribution d'un brevet suppose que l'invention soit réellement nouvelle, inventive et puisse être appliquée industriellement. Sous l'empire de la loi de 1880, la protection est expressément refusée aux programmes d'ordinateurs au motif qu'ils ne satisfont pas à cette triple exigence. D'après les travaux préparatoires, la réforme en cours ne devrait pas remettre en cause cette solution. L'exclusion ne vise cependant que les logiciels "considérés en tant que tels", elle doit être interprétée de manière restrictive.

Le principe de la non brevetabilité des logiciels

4. - La Convention de Munich, signée le 5 octobre 1973, ratifiée par le Luxembourg (10), exclut expressément les logiciels de son champ d'application. L'article 52 c) de la convention dispose, en effet, que les programmes d'ordinateur, pris en tant que tels, ne sont pas à considérer comme des inventions.

En intégrant la Convention de Munich dans l'ordre juridique national, le législateur luxembourgeois a omis d'énumérer les logiciels parmi les objets exclus de la protection (11). La non-brevetabilité ne fait cependant aucun doute en raison de la primauté du traité international (12). L'exclusion est d'ailleurs réaffirmée par la loi du 31 octobre 1978, qui approuve la Convention relative au brevet européen pour le Marché Commun (13).

L'opportunité de la règle de la non-brevetabilité des logiciels a fait l'objet de vives discussions au sein des organisations internationales intéressées. La doctrine étrangère a tendance à admettre que les programmes sont susceptibles de satisfaire aux conditions communes de la brevetabilité. En filigrane des rares décisions de justice en la matière, il apparaît que les juges sont également disposés à étendre le domaine de la protection. Il faudra certainement attendre encore quelques années avant de savoir si l'exclusion aura survécu aux réactions qu'elle suscite. Entre temps, le gouvernement luxembourgeois propose de la reconduire provisoirement, dans le projet de loi en discussion (14).

La portée de la règle de la non-brevetabilité

5. - Les programmes d'ordinateur n'échappent au champ d'application du droit des brevets qu'autant qu'ils sont considérés "en tant que tels". La restriction figure à l'article 52 (3) de la Convention de Munich : "*Les dispositions du paragraphe 2 n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés aux dispositions que dans la mesure où la demande de brevet européen ou le brevet européen ne concerne que l'un des éléments considérés en tant que tel*". Ces termes sont repris par la loi de 1880 dans l'article 1.2.

Ainsi, "*si la contribution à l'état de la technique consiste uniquement en un programme d'ordinateur, l'objet de l'invention n'est pas brevetable de quelque manière qu'il soit présenté dans les revendications. Par exemple, une revendication relative à un ordinateur caractérisée en ce que le programme particulier est stocké en mémoire, ou relative à un procédé pour le fonctionnement d'un ordinateur sous contrôle du programme ne pourrait donner lieu à la délivrance d'un brevet, pas plus qu'une revendication relative au programme en tant que tel ou au programme enregistré sur bandes magnétiques*" (15). La doctrine étrangère en conclut que "*lorsqu'un programme est inclus dans un ensemble technique plus vaste, celui-ci, n'est pas, a priori, frappé par la non brevetabilité*" (16).

En définitive, l'hésitation n'est permise qu'à propos des "*procédés industriels mis en oeuvre à l'aide de programmes d'ordinateur... L'intervention de l'ordinateur n'est jamais, théoriquement, nécessaire et pourrait être suppléée par les calculs d'un grand nombre de personnes. Mais coûts et délais seraient, alors, prohibitifs. Il faut, donc, considérer que, si le procédé est brevetable, le fait que l'on puisse recourir pour son exécution à un ordinateur et, par conséquent, à un programme, ne l'exclut pas du droit de brevet... Dès lors, inversement, que les revendications visent bien le procédé, lui même, le fait que certaines de ses étapes comportent recours à un ordinateur commandé par un programme ne fait pas obstacle à la brevetabilité*" (17).

L'Office européen des brevets a consacré cette solution dans une décision du 15 juillet 1986 (18). "*Une revendication ayant pour objet un procédé technique qui est exécuté sous la commande d'un programme ne peut être considérée comme concernant un programme d'ordinateur en tant que tel*". La même orientation se dégage des nouvelles directives pour l'interprétation de la Convention Européenne (19).

Que le lecteur excuse cette brève incursion dans la doctrine et la jurisprudence étrangères. Mais, jusqu'à présent, aucune solution nationale n'a

été dégagée. Le jour où nos juridictions seront appelées à se prononcer, elles se rallieront sans nul doute à la position analysée, qui prévaut à l'étranger.

II - PROTECTION PAR DROIT D'AUTEUR

6. - La première loi luxembourgeoise sur le droit d'auteur date de 1898 (20). L'évolution constante de cette législation était assurée grâce à l'appartenance du Grand-Duché à l'Union établie par la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (21) et à la ratification de la Convention Universelle sur le droit d'auteur (22).

Au fil des années, une refonte du texte de 1898 apparaissait néanmoins indispensable. Fruit de l'harmonisation internationale et de l'influence de la loi française du 11 mars 1957 (23), la réforme a été consacrée par la loi du 29 mars 1972 (24). L'exiguïté du territoire national et la situation socio-économique unique du pays introduisent, à côté des dispositions communes aux législations étrangères, certaines règles originales (25). Il en résulte une protection efficace et moderne pour les auteurs luxembourgeois et étrangers.

Confronté, depuis quelques années, à la révolution des techniques de diffusions et de reproduction des oeuvres littéraires et artistiques, le droit d'auteur est maintenant sollicité pour protéger de nouvelles valeurs informationnelles, produits de l'informatique et de la télématique. Bien que le législateur luxembourgeois en fût conscient lors de l'élaboration de la loi de 1972 (26), il n'a pas osé définir un régime spécifique pour ces valeurs. Mais, le droit positif se plie-t-il réellement aux exigences de la protection des logiciels?

A - UNE PROTECTION POUR QUELS LOGICIELS ?

7. - Les logiciels sont-ils susceptibles d'être protégés par la loi du 29 mars 1972 ?

Dans l'affirmative, quelles sont les conditions imposées afin que l'oeuvre soit effectivement protégée ?

Le champ d'application de la loi de 1972

8. - Le droit d'auteur n'appréhende les créations de l'esprit qu'à travers leur expression. Seule la forme de l'oeuvre, à l'exclusion de son contenu, est protégée. La distinction découle de la systématique de la propriété intellectuelle et de la place occupée par le droit d'auteur dans le système. Appliquée aux logiciels, la dichotomie forme - fond implique plusieurs conclusions.

a) Quelle qu'en soit sa beauté ou son utilité, un raisonnement n'est jamais saisi par le droit d'auteur en tant que tel. La protection des constructions intellectuelles relève de la législation sur les brevets d'invention. Faute de satisfaire aux conditions de brevetabilité, une règle, une méthode ne saurait prétendre à la protection par droit d'auteur.

Le progrès s'oppose à toute appropriation des idées (exprimées). Afin de profiter à la communauté, celle-ci doivent rester de "libre parcours" (27). L'abstraction détache l'idée de son expression et exclut, en principe, le bénéfice de la loi de 1972.

Comment séparer contenu et forme d'un logiciel ? A priori, le programme d'ordinateur s'apparente à une méthode capable de résoudre d'innombrables applications identiques. L'algorithme, qui amène au résultat souhaité, n'entre, de toute évidence, pas dans le champ du droit d'auteur. Peut-on alors distinguer, au delà de la règle de calcul, une expression, qui elle serait susceptible d'être protégée ? Une réponse affirmative s'impose. Mises à part peut être certaines applications simplistes (28), les programmes d'ordinateur recèlent une architecture interne ainsi qu'une écriture indépendantes de l'algorithme.

L'exigence d'une structure distincte de la logique de la règle ne doit, du reste, pas être exagérée. La loi de 1972 s'accorde bien des créations de compilation dont l'autonomie de l'expression ne tient qu'au choix ou à la disposition des matières. Ainsi que le démontre le juriste français C. Le Stanc, le droit d'auteur a tendance à s'appliquer, de manière plus ou moins directe, au thème de l'oeuvre (29).

b) La loi de 1972, dans son article premier protège "les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression...".

Le législateur luxembourgeois ne prescrit pas la fixation permanente de l'oeuvre sur un support matériel (30). Le logiciel est donc protégé alors

même qu'il ne résiderait que momentanément dans la mémoire vive d'un ordinateur.

"La qualité d'oeuvre littéraire est acquise par la seule intervention d'un langage, quel qu'il soit. Peu importe, en fait, qu'il soit obscur, codé, ou écrit dans un nouveau système de notation. L'oeuvre littéraire est celle qui s'exprime à l'aide de mots, de nombres ou d'autres symboles verbaux ou numériques" (32). Le logiciel est une expression écrite et doit être assimilé à une oeuvre littéraire, au sens du droit d'auteur.

Il y a expression dès lors qu'une création est susceptible d'être perçue. L'objection que les logiciels ne sont pas directement accessibles aux sens (33) doit être rejetée. Comparant les programmes aux compositions musicales, la jurisprudence française a rappelé que les oeuvres sont protégées alors même que "leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine" (34). De même en droit luxembourgeois, il ne faut pas confondre perception et compréhension. L'oeuvre communicable est attribuée à l'auteur dès l'instant où elle est exprimée. L'interprétation de celui qui la perçoit est fonction de son intelligence et de sa sensibilité. Elle ne saurait conditionner la réservation privative. L'intermédiaire nécessaire d'un ordinateur pour accéder au programme n'est pas non plus un obstacle à la protection. A-t-on déjà songé à refuser le bénéfice du droit d'auteur à une oeuvre musicale sous prétexte qu'il fallait une platine, un amplificateur... pour l'écouter ?

En définitive, qu'elle que soit la forme sous laquelle il se présente : "code source" ou "code objet", le logiciel est une expression susceptible d'être protégée (35).

Les juridictions luxembourgeoises n'ont pas encore eu l'occasion de statuer sur l'application de la loi de 1972 aux programmes d'ordinateur. En revanche, la question a été posée au gouvernement (36). Le Ministre de l'économie et des classes moyennes pense que "le texte actuel semble avoir une portée suffisamment générale et extensive de manière à permettre au juge d'admettre à la protection les programmes d'ordinateur..." (37).

I. - CONDITIONS DE LA PROTECTION

9. - L'inclusion des logiciels dans le champ d'application de la loi de 1972 n'implique pas une protection automatique. Affirmer que les programmes d'ordinateur sont des oeuvres littéraires d'ordre scientifique au sens de cette loi

signifie seulement qu'ils ont vocation à être protégés. Afin que la potentialité se réalise, encore faut-il que le logiciel en cause soit nouveau et original (38).

a) La notion de création de l'esprit suppose, en premier lieu, que l'oeuvre soit nouvelle. Dans la logique du droit d'auteur, l'exigence doit nécessairement s'apprécier au niveau de l'expression et non par rapport à l'idée sous-jacente. Il s'agit selon le professeur français M. Vivant de "*la nouveauté dans l'univers des formes*" (39).

La définition traditionnelle, subjective du droit d'auteur, ramène la création et sa nouveauté à la personnalité de l'auteur. L'élargissement de la propriété littéraire et artistique aux productions scientifiques et utilitaires commande une nouvelle conception, plus objective, de ces notions, détachée de la genèse de l'oeuvre elle-même. Sont susceptibles d'appropriation, toutes les expressions non comprises dans le fonds commun de culture.

Les biens immatériels qui font partie du domaine public de la création littéraire et artistique échappent ainsi à toute réservation privative. Pour les logiciels, l'idée d'un patrimoine collectif est traduite par l'apparition du "*freeware*" et du "*shareware*".

b) La naissance d'une propriété intellectuelle suppose, au delà de la nouveauté de l'oeuvre, une certaine originalité. Le droit d'auteur ne doit pas profiter à des créations banales, ni à des productions de pure routine (40). Deux conceptions de l'originalité, l'une subjective, l'autre objective ont été élaborées par la doctrine étrangère. En simplifiant à l'extrême, la première exige l'empreinte de la personnalité de l'auteur, la seconde se contente d'un "*effort intellectuel individualisé*" (41).

L'évolution du droit d'auteur ne s'accommode que difficilement de l'approche subjective. Celle-ci permet uniquement d'exclure du bénéfice de la protection les expressions parfaitement évidentes ou commandées par des impératifs techniques. Pour le reste, le rôle la personnalité de l'auteur dans l'appréciation de l'originalité doit être restreint. L'indifférence du mérite de l'oeuvre en témoigne (42).

En définitive, l'esprit de la propriété intellectuelle requiert uniquement que la création soit individualisée. En ce sens, l'originalité n'est qu'un "*degré supérieur de la nouveauté... L'oeuvre est protégée si elle diffère de ce qui est connu - nouveauté - et de ce qui en découle directement - individualité*" (43). L'individualité de l'expression est le fondement nécessaire mais suffisant de la réservation privative.

Ménager un "espace franc de toute exclusivité" (44) à travers les exigences objectives de nouveauté et d'originalité répond à un souci d'hygiène de la propriété intellectuelle et renforce, de ce fait, son efficacité.

c) Les impératifs posés sont parfois négligés par les tribunaux. Ainsi, a-t-on pu attribuer le bénéfice de la loi de 1972 "*sans exiger que l'auteur de cette oeuvre ait réalisé une conception intellectuelle originale*" (45). Sauf à signifier que le mérite de l'oeuvre n'est pas une condition de la protection, cette jurisprudence n'est pas conforme à l'esprit du droit d'auteur.

Contrairement à nos voisins, les tribunaux luxembourgeois n'ont pas encore eu à se prononcer sur la contrefaçon d'un logiciel. Vont-ils privilégier la vision allemande, qui réserve le bénéfice de l'exclusivité à "*la crème des crèmes*" des logiciels (46) ou la conception française beaucoup plus tolérante (47) ? A priori, les travaux préparatoires de la loi de 1972 militent en faveur de l'inspiration française. Le rapprochement du texte luxembourgeois avec le texte français aura l'avantage évident qu'en cas de difficultés d'interprétation et d'application (de l'article 1), il pourra être recouru à la doctrine et à la jurisprudence françaises (48). Dans cette perspective, seraient protégés tous les logiciels dont la création résulte d'un authentique apport intellectuel dépassant la simple mise en oeuvre d'automatismes. La conception de l'organigramme et/ou la rédaction des instructions témoigneront de l'individualité de l'expression. Toutes les formes du programme sont protégées, y compris le code-objet.

d) L'auteur d'un logiciel nouveau et original jouit de la propriété intellectuelle du seul fait de la création. L'existence du droit d'auteur n'est assujettie à aucune formalité de publicité ou de dépôt. Le caractère immédiat de la protection a été affirmé par les tribunaux, dès le début du siècle. Ainsi la Cour d'appel de Luxembourg a pu constater : "*... qu'il n'est pas nécessaire que les auteurs aient expressément déclaré sur les titres ou en tête des oeuvres, qu'ils en interdisaient la reproduction respectivement l'exécution publique*" (49).

Dépourvue d'utilité sur le territoire du Grand-Duché, l'apposition de la mention "copyright" ou du sigle "C" s'avère néanmoins nécessaire pour le bénéfice de la protection dans certains Etats formalistes, en particulier les Etats-Unis d'Amérique (50).

2. - STATUT DES LOGICIELS ETRANGERS

10. - On ajoutera que la nationalité du créateur est indifférente. Les étrangers jouissent au Grand-Duché des droits garantis aux Luxembourgeois. Aucune discrimination fondée sur la nationalité n'est opérée (51). La législation luxembourgeoise assure une assimilation parfaite, indépendante des prescriptions internationales (52). L'auteur étranger est ainsi protégé au Luxembourg alors même que son pays d'origine n'a pas accédé à la Convention de Berne (53). Le bénéfice de la loi de 1972 n'est pas d'avantage assujéti à la réciprocité des droits nationaux.

B - UNE PROTECTION, POUR QUI ?

11. - La propriété littéraire bénéficie non seulement au titulaire original mais encore aux tiers qui en exercent certaines prérogatives.

1. - CREATIONS INDEPENDANTES

12. - Il convient de distinguer selon que l'oeuvre émane d'un seul ou de plusieurs auteurs.

* L'attribution d'un logiciel entièrement conçu et écrit par un seul informaticien ne pose aucune difficulté, à condition que celui-ci soit connu. La loi de 1972 facilite la preuve en présumant auteur la "personne dont le nom en tant que celui de l'auteur est indiqué sur l'oeuvre de la manière usitée" (54). Ayant valeur de présomption simple, la règle ne résiste évidemment pas à la preuve contraire.

* L'oeuvre de collaboration est définie de manière restrictive en droit luxembourgeois. La création ne mérite cette qualification que dans la mesure où "les apports des collaborateurs sont inséparables" (55). Dans l'esprit du législateur "un opéra ou une opérette, ou encore un ballet sont considérés comme deux oeuvres séparées dont chacune des éléments, livret, chorégraphie et musique, auront, selon le cas, pu choir dans le domaine public d'une manière autonome, la définition de l'oeuvre de collaboration étant réservée à celles où les apports sont liés plus intimement, par exemple romans écrits par deux auteurs ou oeuvres cinématographiques réalisées en coproduction entre deux

producteurs" (56). En d'autres termes, l'oeuvre de collaboration est le fruit de la conjugaison de créations d'un même genre (57).

Quels sont les apports inséparables que l'on puisse décèler lors de la réalisation d'un logiciel ? Existe-t-il des liens suffisamment étroits entre l'analyse fonctionnelle, la conception de l'organigramme, la programmation, la rédaction de la documentation auxiliaire... pour justifier, le cas échéant, l'indivision de certaines de ces tâches ?

La question se pose, tout d'abord, pour les créations de commande. Pourvu qu'elle participe à définir ses propres besoins, l'entreprise qui fait développer un logiciel sur mesure par une société de service et d'ingénierie en informatique sera tentée de se l'approprier. D'autant plus, si le programme est ultérieurement commercialisé auprès d'un public présentant sensiblement les mêmes exigences techniques. A notre avis, l'assistance fournie dans le cadre du contrat de commande ne justifie pas la co-titularité du droit d'auteur sur le programme. La conception étroite qu'adopte le droit luxembourgeois de l'oeuvre de collaboration exclut, a priori, les rapports entre l'analyse fonctionnelle et l'écriture du programme.

La rédaction de la documentation auxiliaire peut éventuellement justifier la reconnaissance d'un droit d'auteur spécifique. Mais, la nature particulière de cette participation la sépare, sans nul doute, des autres apports. L'intégration de la documentation dans le programme, à l'aide d'une fonction "Aide", ne devrait pas remettre en cause la dissociation.

En revanche, de liens étroits lient la conception de l'organigramme et la programmation. Ces tâches, qui correspondent aux deux étapes de la création d'un logiciel, relèvent d'un genre analogue (58). Dans l'hypothèse où elles auraient été réalisées par deux personnes différentes, la titularité du droit d'auteur serait partagée.

La loi de 1972 ne règlemente pas l'exploitation des oeuvres de collaboration, mais renvoie à la liberté contractuelle (59). A défaut de convention, aucun des coauteurs ne peut exercer isolément le droit indivis. L'unicité du genre des apports s'oppose à l'indépendance relative des collaborateurs, telle qu'elle existe, par exemple, en droit français (60). Les désaccords doivent être portés devant les tribunaux. Seule l'atteinte par un tiers au droit d'auteur justifie une action individuelle d'un coauteur en cessation et en réparation du dommage personnel (61).

2. - EXERCICE DES DROITS D'AUTEUR PAR UN TIERS

13. - Deux points ici à examiner.

a) La représentation de l'auteur

14. - Lorsque l'identité de l'auteur n'est pas établie, l'éditeur de l'oeuvre est réputé le représenter à l'égard des tiers (62). La représentation cesse nécessairement dès l'instant où l'auteur ou ses ayant cause se manifestent.

A côté de cette situation marginale, la loi de 1972 envisage le cas des *organismes collectifs exerçant les droits de plusieurs auteurs*. Le but poursuivi par le législateur luxembourgeois était de s'armer d'un corps de règles contraignantes afin de surveiller les sociétés de perception étrangères, déployant un oligopole sur le territoire du Grand-Duché (63) (64).

Objet de vives discussions lors des travaux préparatoires, l'article 48 de la loi de 1972, dans sa rédaction finale, est en parfaite conformité avec la Convention de Berne. Un sort unique est réservé aux auteurs étrangers et luxembourgeois. Par ailleurs, la jouissance et l'exercice du droit d'auteur ne sont soumis à aucune formalité. Les obligations imposées aux organismes surveillés n'influent pas sur le droit du titulaire originel (65). L'égalité juridique ne masque toutefois pas la véritable intention du législateur de contrôler les organismes étrangers. En fait, il n'existe à l'heure actuelle aucune société de perception d'origine luxembourgeoise. Cette situation extra-juridique ne s'apparente-t-elle pas à une discrimination ? Dans le cadre du Marché Commun, les obligations de l'article 48 introduisent, à notre avis, des restrictions incompatibles avec la libre circulation de personnes et de services. Elles s'exposent à être sanctionnées par la Cour de Justice Européenne (66).

Susceptibles de s'appliquer à tous les distributeurs de logiciels, les prescriptions de l'article 48 de la loi de 1972 ~~ou~~ du règlement grand-ducal d'exécution, du 26 octobre 1972 (67) méritent d'être décrites plus en détail.

* Les sociétés de perception doivent solliciter une autorisation gouvernementale. Celle-ci n'est accordée qu'à condition que la situation financière de l'entreprise offre des garanties nécessaires pour la bonne exécution de ses engagements. La moralité et l'honorabilité professionnelles des dirigeants sont contrôlées. Si l'organisme est établi à l'étranger, il est, en outre, tenu d'élire un mandataire général ayant son domicile au Luxembourg. L'agrément du gouvernement est obligatoire. L'autorisation et l'agrément sont délivrés pour une période de trois ans, renouvelable. Ils peuvent être révoqués à n'importe quel moment. L'exercice illégal entraîne la forclusion de toute action. La sanction ne s'attache toutefois qu'au défaut d'autorisation ou d'agrément, elle ne s'applique pas à la non inscription au registre du commerce (68).

Le domicile du mandataire général "est attribué de juridiction pour toutes les actions (pouvant découler de la présente loi) et plus particulièrement pour celles qui se fondent sur les contrats ayant pour objet des droits d'auteur, passés dans le Grand-Duché, avec des personnes physiques ou morales y établies et concernant soit des habitants du Luxembourg, soit des exploitants y situés" (69). L'intention qui anime la détermination du for est claire. Au niveau européen, la disposition nationale risque toutefois de heurter les principes de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Bruxelles, le 27 septembre 1968. La compétence exclusive des tribunaux luxembourgeois exclut d'office le jeu des compétences alternatives de l'Etat du domicile du défendeur et le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse (70). Il est vrai que l'article 1 du protocole annexé à la convention de Bruxelles réserve à toute personne domiciliée au Luxembourg et traitée devant un tribunal d'un autre

Etat contractant (71) la faculté de décliner la compétence de cette juridiction. La tolérance autorise-t-elle pour autant l'éviction automatique de la compétence des tribunaux étrangers ?

La loi de 1972 établit une autre règle de droit international privé à propos des organismes exerçant le droit d'auteur. Tous les contrats conclus avec un usager habitant le Luxembourg ou y établi, sont considérés comme passés dans le Grand-Duché (72). Le législateur impose de manière autoritaire la soumission au droit luxembourgeois. L'élection d'une autre loi est nulle (73). Ce type de solution ne sera pas nécessairement respecté en toute hypothèse par les juridictions étrangères. L'élection d'une loi par le législateur contrevient en effet au principe de la loi d'autonomie. Si le juge étranger estime que la liberté des parties a valeur d'ordre public, il s'autorise à préférer l'élection conventionnelle d'une loi autre que celle du lieu d'exécution du contrat.

* Les sociétés de perception sont obligées de dresser une liste des auteurs d'oeuvres qu'elles représentent et de la tenir à jour. Cette liste doit être tenue à la disposition des auteurs représentés, des entrepreneurs de spectacles et, de manière générale, de toute personne qui y a intérêt. Les organismes établis à l'étranger pourront être dispensés de tenir la liste auprès du mandataire général à condition que la liste étrangère puisse être librement consultée à partir du Luxembourg.

L'obligation présente incontestablement une grande utilité pour les usagers. Elle facilite également aux sociétés de perception la preuve de représentation effective d'un auteur déterminé (74).

* En dernier lieu, la loi de 1972 impose aux organismes de perception d'établir des barèmes pour les principales catégories d'usagers. La consultation préalable des organismes représentatifs des usagers, ainsi que l'avis d'une commission indépendante sont obligatoires. Les sociétés de perception sont tenues de respecter ces tarifs et barèmes et ne peuvent demander une rémunération majorée.

En théorie, l'article 48 de la loi de 1972 vise toute personne qui commercialise, à titre professionnel, les oeuvres d'autrui. Tel est bien le cas du distributeur de logiciels. Mais le soumettre en conséquence au statut contraignant des "sociétés de perception" serait sans doute une hérésie économique. Bien qu'il ne faille pas distinguer là où la loi ne distingue pas, le bon sens de restreindre la portée du texte aux situations réellement envisagées par le législateur de 1972.

b) La dévolution du droit d'auteur

15. - La propriété incorporelle du logiciel naît dans le patrimoine de l'auteur. Le rapport indissociable qui unit l'oeuvre à son créateur interdit de déplacer le rapport de titularité.

Ce qui n'empêche qu'en raison de la valeur économique qu'ils représentent, les droits sur les programmes ont vocation à circuler. Le transfert ne concerne évidemment que les prérogatives patrimoniales. Intimement attaché à la personne de l'auteur, le droit moral ne peut être cédé (75).

Les situations de dévolution, totale ou partielle, du droit d'exploitation sont extrêmement diversifiées. Les logiciels sont normalement commercialisés dans le cadre d'un contrat d'édition, aux termes duquel l'auteur transfère à l'éditeur le droit de reproduire le programme et de le présenter au

public. Le développement, sur commande, d'un programme sur mesure emporte nécessairement cession du droit d'utilisation (76). L'auteur peut, par ailleurs, concéder à son client le bénéfice exclusif du logiciel en abandonnant les autres prérogatives du droit d'exploitation. La dévolution des droits de l'auteur salarié à son employeur découle du contrat de travail ou d'arrangements distincts.

La loi de 1972 n'organise pas la transmission des droits d'auteur mais renvoie au droit commun des contrats. L'absence totale de stipulations contractuelles, sinon leur imprécision, complique considérablement l'interprétation concrète des relations.

La difficulté est accrue pour les créations de salariés à cause des rapports de force qui opposent les partenaires. L'appropriation naturelle d'un logiciel, développé à l'occasion d'un travail rémunéré, par l'auteur-employé se heurte à la prétention légitime de l'employeur au bénéfice de l'oeuvre qu'il a financée. Contrairement au droit des brevets, la loi de 1972 ne prévoit pas le transfert automatique de la propriété des "créations de mission". La dévolution du droit d'exploitation dépend de la seule volonté des parties.

Afin de se prémunir contre d'éventuels "caprices" du salarié, l'employeur a intérêt à se réserver définitivement le fruit des oeuvres, créées dans le cadre de la mission, dès la conclusion du contrat de travail. L'appropriation ne dépend alors plus que de la détermination précise des fonctions du salarié. Le droit luxembourgeois est, à ce sujet, moins protecteur des intérêts des auteurs que certains droits étrangers (77). La cession globale des oeuvres futures n'est pas expressément interdite par la loi de 1972.

En l'absence de prévision contractuelle, le transfert des logiciels de mission ne peut-il pas être présumé ? Le contenu implicite d'un contrat de travail peut être précisé à l'aide de la théorie de la cause. Si l'analyste-programmeur a été engagé afin de réaliser certaines applications informatiques déterminées, n'a-t-il pas dès lors consenti à céder la valeur économique de ses créations à l'employeur ? La véritable volonté des parties doit être recherchée dans chaque cas d'espèce.

C - UNE PROTECTION, POUR QUOI FAIRE ?

1. - ETENDUE DE LA PROTECTION

16. - a) L'élaboration d'un programme d'ordinateur commence par l'analyse fonctionnelle. Destinés à gérer l'exploitation d'un système informatique, les logiciels d'exploitation ou de services obéissent à des finalités préétablies. En revanche, une étude approfondie s'impose pour les logiciels d'application. Les besoins des futurs utilisateurs sont définis différemment pour les logiciels sur mesure et les progiciels.

L'analyse fonctionnelle se formalise par une description en langage naturel, complétée par la représentation graphique du problème étudié. Grâce à une série de schémas et d'organigrammes se dessine l'architecture du programme en genèse.

En définitive, il s'agit d'expressions littéraires et graphiques qui ne se distinguent guère des objets traditionnels du droit d'auteur. Aussi, l'analyse fonctionnelle est susceptible d'être appropriée par celui (ou ceux) qui l'a (ont) élaborée.

b) La résolution de l'équation posée par l'analyse fonctionnelle ne peut être obtenue qu'à l'aide d'un ensemble de règles de calcul. L'algorithme se définit comme une suite finie d'instructions, qui permettent d'aboutir au résultat souhaité à partir des données d'entrée.

Les méthodes et les règles échappent au domaine de la propriété littéraire. Le droit d'auteur n'appréhende que la forme et non le fond d'une expression. Par conséquent, l'algorithme n'est pas, en soi, protégé par la loi de 1972. Reste à apprécier si la représentation symbolique ou graphique ne se détache pas suffisamment du contenu des propositions pour justifier une réservation privative.

c) La programmation ne se limite pas à la transcription, pure et simple, de l'algorithme dans un langage informatique. L'écriture du "code-source" fait normalement appel à l'intelligence, ainsi qu'à l'imagination du programmeur. Preuve en est que des logiciels écrits par plusieurs informaticiens à partir d'une même analyse présentent des différences sensibles au niveau de l'architecture, des dénominations, des zones mémoire... La structure interne de l'oeuvre ne découle pas du seul enchaînement logique des propositions algorithmes. Elle résulte du style et des sélections opérées par le programmeur. L'écriture d'un

langage codé n'exclut pas le jeu de la créativité. Aussi, l'expression trouve sa récompense naturelle dans le droit d'auteur.

d) L'exécution d'un logiciel par un ordinateur suppose la transformation du "code-source" en "code-objet". La compilation et l'interprétation du langage source s'effectue à l'aide de logiciels spécifiques et ne requiert, en principe, aucune intervention humaine. La forme "objet" du programme n'échappe pas pour autant à la réservation privative. La version-machine n'est qu'une version dérivée de la rédaction originelle et mérite, à ce titre, la même protection.

e) Les programmes d'ordinateur sont généralement accompagnés d'une documentation auxiliaire destinée à faciliter et à optimiser leur utilisation. Traditionnellement présentée sous forme de manuels imprimés, la documentation a aujourd'hui tendance à être intégrée dans les programmes à l'aide d'une fonction "Aide". Quelque soit le support, la documentation est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur (78).

2. - DROITS SUR LE LOGICIEL

a) Contenu des droits

17. - *"L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique jouit sur cette oeuvre d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous"* (79). A l'image du législateur français, le Luxembourg s'est rallié à la conception intellectualiste du droit d'auteur, sans nul doute la plus orthodoxe.

"Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial" (80).

Le droit moral de l'auteur

18. - Quid du droit moral ?

Inventaire des attributs

Le droit moral se compose de plusieurs prérogatives : le droit de revendiquer la paternité, le droit au respect de l'oeuvre ainsi que le droit de divulgation.

L'auteur peut *"s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification (de l'oeuvre) ou à toute autre atteinte, préjudiciables à son*

honneur ou à sa réputation". L'article 9 de la loi de 1972 reprend textuellement l'article 6 bis de la Convention de Berne (81).

L'atteinte n'est illicite que si elle discrédite publiquement l'auteur. L'utilisateur privé qui altère un logiciel ne sera coupable qu'à condition que des tiers puissent accéder aux modifications. A priori, la mise à jour d'un programme ainsi que son adaptation à de nouveaux besoins ne portent pas atteinte "à l'honneur ou à la réputation" de l'auteur, du moins, tant qu'elles ne lui sont pas attribuées.

Aux prérogatives énoncées par l'article 9 de la loi de 1972, il convient d'ajouter le droit de divulgation. Bien que la loi l'intègre apparemment dans les droits patrimoniaux (82), ceux-ci se résument nécessairement aux moyens de divulguer l'oeuvre : la représentation et la reproduction (83). La décision de commercialiser un logiciel ou, au contraire, de le garder secret, ne saurait appartenir qu'à l'auteur.

Caractères du droit moral

Attachées de façon indissociable à la personne de l'auteur, les prérogatives extra-patrimoniales ne sont ni cessibles, ni saisissables. Le droit moral échappe au commerce juridique.

Les prérogatives morales ne s'éteignent que cinquante années après le décès de l'auteur. Après sa mort, elles sont exercées par ses héritiers ou, le cas échéant, par un tiers désigné spécialement (84).

Le droit patrimonial de l'auteur

19. - Le droit patrimonial comporte le droit de reproduire l'oeuvre, de la représenter, par un moyen quelconque, au public et d'en autoriser la divulgation.

La représentation

20. - Selon les travaux préparatoires la représentation peut notamment s'effectuer par *"présentation publique, projection publique, diffusion par quelque procédé que ce soit..."*. Une définition aussi compréhensive vise l'hypothèse de la télétransmission d'un logiciel, par des serveurs grand-public. La diffusion aboutissant normalement à un téléchargement, la distinction entre la représentation et la reproduction peut paraître superflue. La conclusion est précoce tant que nous n'avons pas étudié la répartition des responsabilités en cas de violation du droit d'auteur (85).

La reproduction

21. - Quelque soit le procédé utilisé, il y a reproduction dès lors que le logiciel est fixé sur un nouveau support : disquettes, bandes magnétiques, disques durs, cartes perforées, disques optiques ...

Une controverse s'est élevée dans la doctrine étrangère sur l'assimilation de l'usage d'un logiciel à une reproduction. Techniquement, le chargement préalable d'un programme, en vue de son utilisation, aboutit au transfert, immédiat ou différé, de certains fichiers dans la mémoire vive de l'ordinateur. L'installation sur un support, même volatile, devrait constituer une reproduction, au sens de la loi de 1972. Même si l'on refuse cette qualification, l'usage pourrait, le cas échéant, s'analyser comme une représentation illicite.

Limites au droit patrimonial

22. - L'auteur d'une oeuvre, licitement accessible au public, ne peut empêcher *"les citations en original ou en traduction lorsqu'elles sont conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre"* (86). Pour les logiciels, ce tempérament relève de l'hypothèse d'école.

L'utilisation d'une oeuvre est encore autorisée *"à titre d'illustration de l'enseignement"* (87). L'introduction étendue de l'informatique dans les écoles, en particulier à travers les *"didacticiels"*, est susceptible de raviver cette liberté. La loi ne tolère cependant que *"les enregistrements sonores ou visuels"*. Les exceptions devant être interprétées de manière restrictive, on risque d'interdire la copie sur support magnétique, mais de tolérer l'enregistrement sur un disque optique.

En vérité, les restrictions au droit d'auteur restent largement théoriques pour les logiciels. Contrairement à certaines législations étrangères (88), la loi luxembourgeoise n'autorise pas expressément *"la copie réservée à l'usage privé"*. Faut-il, par conséquent, prohiber les copies de sauvegarde d'un logiciel (89) ? Nous n'en sommes pas convaincus. Le silence de la loi n'exclut pas l'autorisation tacite des copies, qui ne sont pas destinées à être utilisées. La tolérance découle à notre avis d'une interprétation de bon sens du texte (90).

Caractères du droit patrimonial

23. - Contrairement aux prérogatives morales, le droit patrimonial est librement cessible et transmissible. Le législateur luxembourgeois a préféré ne

pas organiser les contrats portant sur le droit d'auteur. L'article 3 al. 2 de la loi de 1972 renvoie au régime général des obligations contractuelles, tel qu'il est défini par le code civil (91).

La jurisprudence en la matière est extrêmement rare. L'unique arrêt publié concerne le droit de fixer une oeuvre musicale sur une bande sonore (92). La Cour d'appel a décidé (93) que la cession de ce droit n'emportait pas nécessairement celle du droit d'exécuter publiquement l'oeuvre.

b) Sanction des droits

Les actes de contrefaçon

24. - *L'élément matériel* doit être le premier examiné.

"Toute atteinte méchante ou frauduleuse portée au droit de l'auteur constitue le délit de contrefaçon". Une définition aussi compréhensive que celle de l'article 29 al.1 vise toutes les prérogatives, aussi bien patrimoniales que morales, de l'auteur.

* L'atteinte au droit patrimonial.

Se rendent coupables du délit de contrefaçon, ceux qui représentent ou reproduisent, de manière illicite, un logiciel protégé, ainsi que ceux qui commercialisent le programme contrefait (94).

La représentation consiste dans une diffusion au public. Toute communication réunit deux acteurs (ou groupes d'acteurs) : celui qui émet le message et celui qui le reçoit. La prohibition pénale s'applique indubitablement au premier mais, s'adresse-t-elle également au second? Reprenons l'hypothèse de la télétransmission d'un logiciel par un serveur télématique grand-public. L'utilisateur, qui actionne son terminal et installe un programme de communication afin d'accéder au service, commet-il un acte de contrefaçon ? L'article 29 al. 1 sanctionne *"toute atteinte méchante ou frauduleuse portée au droit de l'auteur"*. Ce texte concerne tous les actes, et par conséquent, tous les acteurs, qui participent à la communication (95). Statuant à propos de la radiodiffusion d'une oeuvre musicale, la Cour de cassation du Luxembourg a néanmoins décidé que *"l'exécution d'une oeuvre musicale radiodiffusée a lieu au poste émetteur... le fait de rendre l'émission radiophonique accessible à l'ouïe au moyen d'un appareil de réception ne saurait constituer une nouvelle exécution, alors même qu'il permettrait la perception de l'oeuvre à une réunion plus ou moins nombreuse d'auditeurs. Il s'en suit que la mise en action du poste récepteur n'est pas de nature à porter atteinte au droit de l'auteur"* (96).

Transportée à notre hypothèse, cette solution déculpabiliserait la réception du logiciel télétransmis.

Le droit d'auteur est, de toute évidence, violé lorsque le logiciel est copié ou diffusé dans sa forme originale. La fidélité parfaite de la reproduction n'est cependant pas une condition impérative. L'infraction est également constituée dès lors que les *"traits caractéristiques de l'oeuvre contrefaite se retrouvent dans l'oeuvre contrefaisante"* (97). La copie d'un programme n'en demeure pas moins illicite lorsque le contrefacteur y apporte quelques modifications de détail (98).

En revanche, le plagiat de la substance même de l'oeuvre est irréprochable, au regard du droit d'auteur, tant que la forme de l'expression n'est pas reprise. L'analyste-programmeur qui s'inspire d'un logiciel existant, sans copier ni la structure interne ni les instructions, ne commet aucun acte de contrefaçon. En pratique, les experts en informatique auront souvent des problèmes à distinguer entre la reproduction prohibée et le plagiat autorisé. La standardisation des progiciels à travers les nouveaux environnements de travail (99) rend la tâche encore plus délicate.

* L'atteinte au droit moral.

La violation du droit moral de l'auteur est-elle pénalement répréhensible ? La doctrine étrangère est divisée. Mais, en droit luxembourgeois, la portée générale de la formule *"toute atteinte... au droit de l'auteur"* évacue la controverse.

A côté des sanctions pénales ordinaires, qui s'appliquent à toutes les prérogatives morales ou intellectuelles de l'auteur, la loi de 1972 prévoit même une peine renforcée en cas de fraude du droit de paternité. L'emprisonnement et une amende punissent celui qui appose, de manière méchante ou frauduleuse, son nom ou tout signe distinctif sur une oeuvre appartenant à autrui. Des peines identiques sanctionnent la commercialisation des objets contrefaits (100).

25. - *L'élément moral* doit également être considéré.

La commission du délit de contrefaçon suppose une intention délictueuse. L'infraction n'est constituée qu'à condition que la violation du droit d'auteur soit *"méchante ou frauduleuse"*.

Les premières décisions de justice estimaient que l'atteinte était *"méchante"* lorsque le fait incriminé avait été posé uniquement dans le but de

nuire à la réputation artistique, elle était *"frauduleuse"* lorsque l'inculpé avait de mauvaise foi cherché à tirer profit de la lésion portée au droit de l'auteur (101).

Au fil des années, la jurisprudence a assoupli la définition de l'intention délictueuse. Depuis, *"la fraude consiste dans le fait d'exploiter sciemment l'oeuvre d'autrui, c'est à dire tirer parti publiquement et sans autorisation sans qu'il y ait lieu de distinguer si le contrefacteur a agi dans un but lucratif ou désintéressé, ni s'il a retiré un avantage ou non"* (102). D'autre part, les tribunaux ont précisé que la conjonction logique *"ou"* signifie qu'aussi bien la violation *"méchante"* que la violation *"frauduleuse"* sont séparément punissables.

L'intention coupable découle normalement du fait matériel. Une présomption de mauvaise foi s'attache, en principe, à l'accomplissement de l'acte de contrefaçon (103). Afin de s'exonérer de toute responsabilité pénale, il appartient au prétendu contrefacteur d'établir sa bonne foi. Le renversement de la charge de la preuve ne peut être opposé qu'à celui qui représente ou reproduit personnellement un logiciel ou qui viole lui-même le droit moral de l'auteur. La personne qui commercialise un programme contrefait doit, sans doute, être présumée de bonne foi.

L'action en contrefaçon

26. - La chronologie processuelle nous oblige à étudier, en premier lieu, les saisies préventives avant d'analyser l'action en contrefaçon stricto sensu.

* Les saisies préventives

La saisie-contrefaçon est destinée à faciliter la preuve de la commission du délit et à prévenir la fuite des oeuvres litigieuses.

Afin d'éviter les effets pervers, cette procédure expéditive est soumise au contrôle juridictionnel. Le titulaire du droit d'auteur, qui s'estime victime d'une contrefaçon, doit requérir une ordonnance de saisie auprès du Président du tribunal de première instance (104).

En premier lieu, le magistrat peut désigner un ou plusieurs experts qui procéderont à la description des logiciels prétendus contrefaits ou des actes de contrefaçon. Les parties qui désirent être présentes lors des opérations doivent solliciter une autorisation spéciale du Président (105). Les experts enverront la copie du procès verbal de description, dans les plus brefs délais, au saisi et au saisissant (106).

S'il l'estime utile, le magistrat fera, en outre, défense au détenteur des logiciels contrefaits de s'en dessaisir, constituera un gardien ou ordonnera la mise sous scellés. Une telle saisie *"réelle"* ne présente une quelconque utilité que pour les contrefaçons de progiciels. Elle n'empêche pas l'entreprise utilisatrice de conserver la jouissance du logiciel litigieux grâce à une copie de sauvegarde.

Le saisissant est obligé d'assigner au fond dans la huitaine de la date d'envoi du procès-verbal de description. A défaut, l'ordonnance cessera de plein droit ses effets et le détenteur des objets pourra réclamer la remise de l'original du procès verbal avec défense au requérant de faire usage de son contexte et de le rendre public (107).

* L'action en contrefaçon *stricto sensu*

La contrefaçon est un délit pénal et civil. Le déclenchement de l'action publique suppose, en principe, une plainte de l'auteur, de ses ayants droits ou d'un cessionnaire (108). Ce n'est que dans le cas de l'application d'un faux nom ou signe distinctif sur une oeuvre que le ministère public pourra directement engager les poursuites (109).

Le délit pénal est sanctionné par une amende de 2501 F.lux. à 100.000 F.lux. (110). Un emprisonnement de trois mois à deux ans et une amende de 2501 F.lux. à 20.000 F.lux. (111) punissent celui qui viole la paternité de l'oeuvre.

L'action civile relève de la compétence exclusive des tribunaux civils (112). Le président de la juridiction connaît des actions en référé (113).

L'indemnisation du préjudice obéit aux règles du droit commun (114). La sanction civile comporte, outre la réparation pécuniaire, un droit de suite sur les objets contrefaits (115).

D. - POUR QUELLE DUREE ?

27. - *"Le droit d'auteur se prolonge pendant cinquante ans après le décès de l'auteur, au profit de ses héritiers ou ayant droit"* (116).

Pour les oeuvres des "arts appliqués", la durée de protection court à partir de la création (117). La limitation s'applique aux logiciels (118). Mais encore faut-il déterminer la date précise à laquelle le programme a été réalisé.

Quelque soit le point de départ, la réservation pendant cinquante ans est beaucoup trop longue pour les logiciels. La durée de protection devrait tenir compte de l'obsolescence extrêmement rapide de ces biens informationnels.

III.- PROTECTION PAR D'AUTRES VOIES POUVANT PRESENTER UN CARACTERE PARAPRIVATIF

28. - Au delà des mécanismes d'appropriation, en particulier de la propriété littéraire et artistique, la protection des logiciels est susceptible d'être assurée

par le droit commun de la responsabilité. Dans ce cas, le programme n'est appréhendé qu'à travers les agissements préjudiciables à l'auteur (119). La relation, qui unit le créateur à la création, est ignorée au profit du rapport conflictuel qui oppose le détenteur d'un logiciel à l'usurpateur. L'idée de la réservation privative disparaît derrière le souci de gérer une polémique.

Depuis quelques années, les jurisprudences belge et française ont élaboré une conception dynamique de la responsabilité délictuelle, en minimisant l'exigence de la faute. Soucieux de protéger les entreprises, les juges n'hésitent plus à sanctionner les "actes de concurrence déloyale" et le "parasitisme économique". L'orientation vers une responsabilité objective est en voie d'être reçue au Luxembourg.

29. - La construction jurisprudentielle, dégagée à partir des articles 1382 et suivants du code civil, n'est cependant pas le seul instrument à la disposition des tribunaux luxembourgeois. Dès 1929, l'ordre juridique national s'est pourvu d'une législation sanctionnant la concurrence déloyale (120). Depuis lors, le texte a été modifié et complété à de multiples reprises. Une refonte intégrale a été entreprise récemment avec la loi du 27 novembre 1986 *"réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale"* (121).

Cette législation procure-t-elle une sécurité au détenteur d'un logiciel ?

L'acte de concurrence déloyale

30. - Dans un contexte concurrentiel, le respect des usages honnêtes et des conventions s'impose. Le souci est exprimé par l'article 16 de la loi de 1986 : *"Commet un acte de concurrence déloyale tout commerçant, industriel ou artisan qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle, soit un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence"*.

Ce texte ne concerne toutefois que les commerçants et artisans. Il ne s'applique pas aux personnes, qui n'accomplissent qu'occasionnellement un acte de commerce (122). Ce qui n'exclut pas que leur agissement ne puisse être sanctionné, le cas échéant, par le droit commun de la responsabilité civile.

Quels sont les usages professionnels qui prévalent dans l'industrie des logiciels ? Faute de précisions, nous sommes enclins à définir l'honnêteté des comportements à travers la valeur marchande des biens convoités.

Serait coupable celui qui réalise une économie injustifiée en exploitant le temps et l'énergie investis par un tiers concurrent dans le développement d'un programme. En pratique, la complexité croissante des programmes empêche souvent le parasitisme. Les informaticiens n'avouent-ils pas que la technique du "reverse engineering", devient de moins en moins rentable ? Or l'indemnisation n'est due qu'à condition que l'exploitation altère les termes de la concurrence et cause un véritable préjudice au plaignant.

Hormis le cas du "piratage", l'atteinte pourrait également provenir de la dévalorisation d'un programme à la suite d'un usage abusif. La sanction dépend toujours de la gravité de l'agissement et de la perte enregistrée.

La liste énumérative des actes de concurrence déloyale (123) montre que les valeurs économiques des entreprises sont protégées indépendamment de leur appropriation. L'auteur d'un logiciel, qui ne satisfait pas aux conditions de la réservation privative, posées par la loi de 1972, sera dès lors tenté de trouver un refuge dans la loi du 27 novembre 1986. L'application trop facile des règles de la concurrence déloyale aboutirait à un détournement des exigences de la propriété incorporelle. Afin d'éviter cet effet pervers, il convient de circonscrire le champ d'application de la loi de 1986 en dégagant une conception orthodoxe des règles professionnelles. Telle est la préoccupation de la jurisprudence qui estime que : "Si l'acte n'est contraire aux usages honnêtes en matière commerciale que parce qu'il constitue en même temps une contrefaçon (de marque) ou parce que l'action constitue un moyen de défendre indirectement un droit dit de propriété industrielle, la demande se heurtera à l'incompétence du tribunal de commerce " (124) (125). L'application de cette solution aux logiciels risque de poser au juge des référés un délicat problème d'appréciation. Il semble, en effet, que l'irrecevabilité de l'action en concurrence déloyale suppose que ledit programme soit réellement protégé par un droit d'auteur. Cette condition préalable n'est-elle pas sérieusement contestable au fond (126)?

L'action en cessation de l'acte de concurrence déloyale

31. - Toute personne, un groupement professionnel ou une association de consommateurs, peut intenter, par voie de requête, une action en cessation de l'acte de concurrence déloyale devant le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale (127). L'action devient irrecevable dès l'instant où les agissements ont pris fin et ne sont plus susceptibles de se reproduire (128).

L'affaire est jugée comme en matière de référé mais, par exception, l'ordonnance n'est pas susceptible d'opposition. L'exécution de la décision est

susceptible d'être assortie d'une astreinte (129). Le magistrat a également la faculté d'ordonner l'affichage ou la publication de l'ordonnance (130).

Tout manquement aux injonctions ou interdictions portées par une décision définitive est puni d'une amende de 10.000 F. lux à 2.000.000 F. lux (131). La même peine s'applique en cas de récidive dans les cinq ans de la condamnation (132). Pour la détermination de la sanction, l'on peut rappeler une décision de la Cour de Cassation, chambre criminelle, du 4 juin 1970, qui a jugé que "le commerçant qui a commis plusieurs actes [énumérés par le texte (133)] s'est rendu coupable d'autant de délits de concurrence déloyale se trouvant, soit en concours réel, soit en concours idéal..."

L'efficacité de la procédure de référé, combinée à la sanction sévère des mesures ordonnées, font de la loi du 27 novembre 1986 un instrument redoutable à l'encontre de la concurrence déloyale. Ce texte offre aux auteurs (134) de logiciels une voie de protection aisée en complément des techniques de réservation privative. Il représente dans l'arsenal juridique luxembourgeois l'élément le plus original.

NOTES

- (1) Loi du 29 mars 1972, doc. parl. 1377-3 p.1.
- (2) Projet de loi portant modification du régime des brevets d'invention, chambre des députés, session 1985-1986, doc. parl. 3011.
- (3) N. Wagener, La protection Juridique du Software, d'Ietzburger Land, N°12 du 21 mars 1986 ; G. Arendt, La protection Juridique du Software, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, Luxembourg, 1986, p. 27.
- (4) Loi sur les brevets d'invention du 30 juin 1880, Mém. 1880, 405.
- (5) Mém 199, 381.
- (6) Mém. 1945, 784.
- (7) Mém. 1978, 1658.
- (8) Mém 1945,871 modifié : arr.min. 17 janvier 1946, Mém. 1946, 27 ; arr.min. 5 janvier 1951, Mém. 1951, 142 ; règl. g-d 7 mars 1977, Mém. 1977, 444.
- (9) Doc.parl. 1986 n° 3011; d'après les renseignements fournis par le Ministère de l'Economie et des Classes Moyennes, la loi devrait être votée à la session de Printemps de 1989.
- (10) Loi d'approbation du 27 mai 1977 Mém. 1977, 872.
- (11) Loi 1880, art. 1.2 c.
- (12) Réponse minis. du 19 novembre 1986 (précitée) p.1.
- (13) Convention signée à Luxembourg le 15 décembre 1975 : la non assimilation des programmes d'ordinateur aux inventions y est reprise par l'article 50 § 2 c.
- (14) Doc. parl. 1986 n° 3011 p.12 art.4.
- (15) C. IV.2.1. p.31.
- (16) J-M Mousseron, Traité des brevets, CEIPI 1984 n° 185.

- (17) J-M Mousseron, précité.
- (18) Décision de la chambre des recours technique 3.5.1. du 15 juillet 1986; J.O. O.E.B. 1- 1987, p. 14 ; Droit de l'informatique 1987, n° 2 p. 123 note M. Flamée.
- (19) Bureau Européen des brevets J.O. E.B. 1985, p. 173.
- (20) Loi du 10 mai 1898.
- (21) Convention de Berne du 9 septembre 1886 complétée et révisée plusieurs fois ; à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971; approuvée par la loi du 19 novembre 1974, Mém. 1974, 1674.
- (22) Convention signée à Paris le 6 septembre 1952 approuvée par la loi du 13 juin 1955, Mém. 1955, 967.
- (23) Doc. parl. 1377-3 p. 3.
- (24) Mém. 1972, 810.
- (25) En particulier celles relatives aux organismes exerçant le droit d'auteur, cf. infra n°14.
- (26) "Dès demain, n'y aura-t-il pas de nouveaux problèmes lorsqu'il s'agira de définir le statut juridique des programmes d'ordinateurs ou celui des télécommunication par satellite ou celui des minicassettes ?"; doc. parl. 1377-3 p.1.
- (27) H. Desbois, Le droit d'auteur en France, 3e éd., Paris 1978.
- (28) Par exemple les fichiers d'exécution qui tiennent en quelques lignes.
- (29) C. Le Stanc, La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale. Dossiers Brevets 1979 IV.
- (30) Convention de Berne, art. 2.2.
- (31) Sauf pour les oeuvres chorégraphiques et les pantomimes.
- (32) I. Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, CEDILLAC, Lausanne 1985.

- (33) A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, Paris 1975 ; M. Plaisant, La protection du logiciel par le droit d'auteur, Gaz. Pal. 1983 I 348 ; M. Wagret note sous TGI Paris 21 septembre 1983, JCP 84 II 20249.
- (34) TGI Paris 21 septembre 1983 ; D 84, 77 note C. Le Stanc et JCP 84 II 20249 note M. Wagret.
- (35) Pour la doctrine étrangère voir : I. Cherpillod, n° 279 précité ; F. Toubol Le logiciel, FEDUCI LGDJ 1987, N° 74 ; Ulmer, Kolle, GRUR int. 1982, p. 489 ; M. Vivant, C. Le Stanc, Lamy droit de l'informatique 1987, n°892 et éd. subséquentes.
- (36) Question parlementaire n° 40 de Mme. le député C. Flesch au Ministère de la Justice, du 7 novembre 1986.
- (37) Réponse ministérielle du 19 novembre 1986, précitée.
- (38) Pour cette double exigence voir les trois arrêts rendus par la Cour de Cassation française Assemblée plénière le 7 mars 1986, avec le rapport du conseiller Jonquières ; JCP 86 II 20631 note J-M Mousseron, B. Teyssié, M. Vivant ; ainsi que la réponse du Ministère de l'économie du 19 novembre 1986 p. 3 "... les programmes présentant un certain degré d'originalité ou de complexité...".
- (39) M. Vivant, Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par la problème de la protection des logiciels, Information e Diritto (I.D.G.) Florence 1984 p. 73.
- (40) I. Cherpillod n° 219, précité.
- (41) C. Le Stanc p. 14, précité ; Ulmer D.A. 1969, 79 ss.
- (42) Cour d'appel de Luxembourg 4 juin 1973 : "La législation sur le droit d'auteur protège l'oeuvre photographique, même en l'absence d'un caractère esthétique exprimé ..." Pasicrisie t XXII p ; 334 ; pour des supports de publicité divers : trib. d'arrond. Luxembourg 15 janvier 1986 réf. BIB 80/86, non publié.
- (43) M. Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968 p. 30 ss ; I. Cherpillod n° 221, précité.
- (44) I. Cherpillod n° 219, précité.

- (45) C.A. Luxembourg 4 juin 1973, Pasicrisie t XXII p. 334 ; reprise par trib. d'arrond. Luxembourg 15 janvier 1986. non publiée.
- (46) Bundesgerichtshof 9 mai 1985, et M. Herberger, le droit d'auteur et la protection du logiciel en R.F.A., Lamy droit de l'informatique 1986, mise à jour D, p.3.
- (47) C. Cass française, Ass. plén. du 7 mars 1986 précité.
- (48) Doc. parl. 1377-3 p.3.
- (49) C.A. Luxembourg 13 juillet 1901, Pasicrisie t VI p. 33.
- (50) Convention Universelle sur le droit d'auteur, Genève 6 Septembre 1952, art. 3 ; B. Lemonnier, L'enregistrement des logiciels au Copyright Office, opportunités et formalités, Lamy 1986, mise à jour F p.7 ss.
- (51) Loi de 1972, art. 47.
- (52) Convention Universelle du 9 septembre 1952, art. 3 ; Convention de Berne du 9 octobre 1889, art. 3.
- (53) Trib. d'arrond. Luxembourg 21 février 1901, Pasicrisie t VI p. 36.
- (54) Loi de 1972, art. 5.
- (55) Loi de 1972, art. 6.
- (56) Doc.parl. 1377 p. 5.
- (57) Cette conception est plus étroite que la définition française qui n'exige qu'une simple participation à la mise en forme.
- (58) Voir l'analyse doctrinale française qui distingue deux stades dans la création, la composition et l'expression ; Colombet, Propriété littéraire et artistique, Précis Dalloz 1986 n°109.
- (59) Loi de 1972, art.7.
- (60) Loi du 11 mars 1957, art. 10 al.3.
- (61) Loi de 1972, art. 7 al.2.
- (62) Loi de 1972, art. 8.

- (63) Loi de 1972, art 48 ; la faculté a été reconnue aux Etats par les travaux de la Commission principale n°1 de la conférence de Stockholm, § 263 du rapport.
- (64) Les dispositions rappellent la loi du 16 mai 1891 concernant le contrôle des opérations d'assurance ; doc. parl. 1377-1 p.3.
- (65) L'exposé des motifs de la loi de 1972 est clair à ce sujet : "l'auteur lui-même et ses héritiers demeurent libres d'exercer sur le territoire luxembourgeois comme bon leur semble les droits qui sont les leurs ; "doc. parl. 1377-3 p.5.
- (66) Traité de Rome, art. 7.
- (67) Mém. 72, 1495.
- (68) C.A. Luxembourg 18 janvier 1984, non publiée.
- (69) Loi de 1972, art. 48 II al.2.
- (70) Convention de Bruxelles, art. 2 et 5.
- (71) En application de l'article 5, 1° de la convention.
- (72) Loi de 1972, art. 48 III.
- (73) Loi de 1972, art. 48 IV.
- (74) C.A. Luxembourg 18 janvier 1984, précitée.
- (75) Convention de Berne, art. 6 bis ; loi de 1972, art. 9.
- (76) Il s'agit bien d'une cession des prérogatives de l'auteur, les créations de commande n'étant pas, en principe, des oeuvres de collaboration.
- (77) Par exemple : France, loi du 11 mars 1957, art. 33.
- (78) L'appropriation de la documentation par un tiers, qui n'a pas collaboré à la conception du logiciel, risque de gêner l'analyste-programmeur.
- (79) Loi de 1972, art. 1 al.1.
- (80) Loi de 1972, art.1 al.2.

- (81) Tel qu'il a été rédigé à Stockholm.
- (82) Loi de 1972, art. 3.
- (83) Doc. parl. 1377 p.3.
- (84) Loi de 1972, art. 9 al. 2.
- (85) Cf. infra n°24.
- (86) Loi de 1972, art. 13 al.1.
- (87) Loi de 1972, art. 13 al.2.
- (88) Par exemple la loi française du 11 mars 1957, art. 41.2.
- (89) Pour la France : J. Huet, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur D. 85 chr. p.261 n°8.
- (90) L'idée se conforte de la pratique courante des compteurs de copies intégrés dans de nombreux progiciels.
- (91) Bien que l'on puisse souscrire à l'opinion autorisée du doyen Carbonnier selon laquelle toute loi est un mal en soi, la législation luxembourgeoise s'enrichirait utilement d'une modeste loi de cession.
- (92) C.A. Luxembourg 25 janvier 1956 Pasirisie t XVI p.430.
- (93) Sous l'égide de la loi de 1898.
- (94) Loi de 1972, art. 29 al.2.
- (95) Comparer avec trib. d'arrond. Luxembourg 29 juin 1902, Pasirisie t VI p. 521.
- (96) C. cass. 29 juillet 1938, Pasirisie t XIV p. 327.
- (97) R. Plaisant Le droit des auteurs § 401.
- (98) Par exemple court-circuit du verrouillage du programme.
- (99) Comme par exemple l'environnement "WINDOWS" qui semble s'imposer sur le marché, PC WORLD, february 1987 p. 211 ss.

- (100) Loi de 1972, art. 32 et 33.
- (101) C. cass Luxembourg 6 décembre 1901, Pasiricisie t VI p. 36 ; C.A. Luxembourg 5 juin 1915, Pasiricisie t IX p. 296 ; trib. d'arrond. Luxembourg 21 février 1901, Pasiricisie t VI p. 33.
- (102) C.A. Luxembourg 4 juin 1973, Pasiricisie t XXII p. 334.
- (103) C.A. Luxembourg 4 juin 1973, précitée.
- (104) Loi de 1972, art. 37.
- (105) Loi de 1972, art. 40.
- (106) Loi de 1972, art. 42.
- (107) Loi de 1972, art. 43.
- (108) Loi de 1972, art. 34.
- (109) Loi de 1972, art. 32.
- (110) Environ 58 ECU à 2323 ECU.
- (111) Environ 58 ECU à 465 ECU.
- (112) Loi de 1972, art. 44.
- (113) Référé Luxembourg 7 août 1984, Biver c/ Fédération luxembourgeoise de tennis, non publié.
- (114) C.A. Luxembourg 25 février 1956, Pasiricisie t XVI p.430.
- (115) Loi de 1972, art. 45.
- (116) Loi de 1972, art. 2.
- (117) Loi de 1972, art. 4.
- (118) Réponse ministérielle du 19 février 1987, p. 2, précitée.
- (119) Au sens commun du terme, sans référence à la propriété littéraire et artistique.

- (120) Loi du 5 juillet 1929, Mém. 1929, p. 643.
- (121) Mém. 1986, p.2213.
- (122) Après de vives controverses, l'élargissement aux non-commerçants a été finalement rejeté ; doc. parl. 3006-3 p.10.
- (123) Art.17. Commet un acte de concurrence déloyale notamment celui qui:
 - ... d) appose, laisse ou fait apposer sur des produits naturels ou fabriqués ou transportés en vue de la vente, mis en vente ou vendus, ou sur les emballages, caisses, ballots, enveloppes, boîtes, étiquettes, une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque, de nature, à faire croire que les produits ont une origine ou une provenance autre que leur véritable origine ou provenance ;
 - e) fait croire à une origine ou à une provenance inexacte desdits produits soit par une addition, un retranchement ou une altération quelconque d'une marque, d'une dénomination, ou d'une étiquette, soit par annonces, brochures circulaires, prospectus ou affiches, soit par la production de factures ou de certificats d'origine ou de provenance, soit par tout autre moyen ;
 - f) crée ou tente de créer la confusion entre sa personne, son établissement, ses produits ou services et la personne, l'établissement, les produits ou les services d'un concurrent ;
 - i) donne des indications inexactes sur la personnalité commerciale ou artisanale, sur son industrie ou ses dessins, marques, brevets, références, distinctions, sur la nature de ses produits, de ses marchandises ou de ses services, sur les conditions de leur fabrication, leur origine, leur provenance, leur qualité ou leur prestation ;
 - j) fait un usage non autorisé ou provoque un tel usage de modèles, échantillons combinaisons techniques, formules d'un concurrent et, en général, de toutes

indications ou de tous documents confiés en vue d'un travail, d'une étude ou d'un devis ;

k) fait un emploi non autorisé du matériel d'un concurrent, de l'emballage, des récipients, de ses produits même sans intention de s'en attribuer la propriété ni de créer une confusion entre les personnes, les établissements ou les produits ...

(124) Ordonnance du président du tribunal de commerce du 30 mars 1982, non publiée.

(125) Dans sa réponse du à la question parlementaire n° 40, précitée, Le Ministre de l'Economie et des Classes moyennes semble favoriser un cumul des protections : "Les différentes formes que peut revêtir la protection des logiciels sont susceptibles d'être cumulées. Les différentes catégories de moyens juridiques qui en découlent, contribuent chacun en fonction de sa finalité propre, à protéger de manière aussi complète que possible les créations visées par la question parlementaire".

(126) Art. 806 code de procédure civile.

(127) Loi de 1986, art. 21.

(128) C.A. Luxembourg, ch. com. 19 octobre 1977, Pasirisie t XXIV p. 46 ; C.A. Luxembourg, ch. com. 31 mai 1978, Pasirisie t XXIV p. 127

(129) Art. 2059 et 2066 c.civ.

(130) Loi de 1986, art. 22.

(131) Environ 232 ECU à 4646 ECU.

(132) Loi de 1986, art. 23.

(133) L'arrêt est intervenu sous l'égide de la réglementation antérieure, l'arrêté grand-ducal du 15 janvier 1936.

(134) Auteur au sens commun du terme.

PAYS BAS

Mr.jur.A.P.MEIJBOOM et Prof.G.P.V.VANDENBERGHE

Computer/Law Institute
Vrije Universiteit Amsterdam