

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit d'auteur belge sera-t-il conforme aux dispositions européennes dans le domaine de l'informatique

Triaille, Jean-Paul

Publication date:
1992

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Triaille, J-P 1992, *Le droit d'auteur belge sera-t-il conforme aux dispositions européennes dans le domaine de l'informatique: quelques observations à propos de l'introduction en droit belge de la directive du 14 mai 1991..*

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Droit d'auteur, Logiciels et Banques de données après 1992

C.I.R.

K.U.Leuven, Colloque du 19 novembre 1992

**"LE DROIT D'AUTEUR BELGE SERA-T-IL CONFORME
AUX DISPOSITIONS EUROPEENNES DANS LE DOMAINE
DE L'INFORMATIQUE ? "**

**Quelques observations à propos de l'introduction en droit belge
de la directive du 14 mai 1991**

Jean-Paul TRIAILLE,
Avocat
Maître de Conférences
Centre de Recherches Informatique
et Droit
Facultés Universitaires Notre-Dame
de la Paix à Namur

Introduction

Le titre assigné à la présente contribution en définit clairement l'objet : il s'agit d'examiner si le projet de loi belge relatif au droit d'auteur¹ est conforme aux dispositions communautaires concernant le droit d'auteur et relevant du domaine de l'informatique.

A titre principal, c'est évidemment à la directive du 14 mai 1991 relative aux programmes d'ordinateur que l'on pense, et c'est elle qui retiendra l'essentiel de notre attention car elle est à ce jour la seule directive adoptée dans le domaine de droit d'auteur et qui concerne en même temps notre sujet (Première partie).

En second lieu, nous aborderons la proposition de directive sur les bases de données, mais nous nous limiterons à quelques observations à ce sujet, car le texte n'est qu'au début du processus législatif qui l'amènera normalement à son adoption, et la proposition de loi ne se préoccupe encore nullement et ne mentionne nulle part le terme de "bases de données" (Deuxième partie).

Si, au lieu d' "informatique" sensu stricto, on avait parlé des "technologies de l'information", d'autres dispositions européennes, adoptées, en voie d'adoption ou simplement en voie d'élaboration, auraient dû être mentionnées et confrontées au projet de loi. On fera, à ce propos également, quelques observations (Troisième Partie).

Première partie : Les programmes d'ordinateurs

Il s'agira d'abord de partir de la directive et de voir comment il est prévu de l'introduire en droit belge (section I), ensuite de partir du projet de loi, dans ses dispositions non relatives aux logiciels, et de voir si certaines de ses dispositions ne posent pas de difficultés par rapport à la directive (section II).

On fera régulièrement référence à la "Commission Mixte Logiciel"; cette Commission était constituée de membres de l'Association belge pour la protection du droit d'auteur, de l'Association belge pour la protection de la propriété industrielle, de

¹ Projet de loi relatif au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, transmis par le Sénat à la Chambre des Représentants, Doc. Chambre, 473/1-91/92 (S.E.), 22 mai 1992. Ce texte, devenu projet de loi par son adoption au Sénat et sa communication à la Chambre des Représentants, était initialement la "proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles". Dans cet article, nous parlerons indifféremment tantôt de la "proposition de loi", tantôt du "projet de loi".

l'Association belge pour l'étude du droit de la concurrence, et de l'Association belge du droit de l'informatique. Cette "Commission Mixte" a émis des Recommandations, qui furent largement publiées et largement distribuées²; il y sera fait d'autant plus facilement référence que l'auteur a été associé aux travaux de ladite Commission.

Par ailleurs, le projet de loi du Gouvernement français, destiné à introduire la directive en droit français, nous servira également; il y sera aussi fait référence.

Rappel de l'état du droit belge avant l'adoption de la directive

La description de l'état du droit belge quant à la protection juridique des programmes d'ordinateur avant l'adoption de la directive communautaire a été faite à de nombreuses reprises³.

On s'abstiendra dès lors de redire ici ce qui a déjà été dit. En quelques mots, on résumera la situation de la manière suivante :

- la loi de 1886 était muette et n'avait pas fait l'objet de modifications à cet égard;
- à défaut d'une disposition légale, les juges belges avaient timidement accepté, en observant ce que faisaient leurs voisins, le principe d'une protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur, sans cependant exclure les autres moyens de protection (et notamment le droit de la concurrence déloyale);
- la doctrine, relativement abondante sur la question, se prononçait de façon majoritaire pour une protection par le droit d'auteur, par souci de réalisme plus que par conviction, même si certaines voix, et non des moindres, s'élevaient pour dénoncer cette aventure ou pour proposer d'autres chemins, comme par exemple le brevet et une protection *sui generis*.

De façon générale, on peut dire que si sur le principe d'une protection par le droit d'auteur, les juges avaient accepté de se prononcer du bout des lèvres, en ce qui concerne les conséquences d'un tel choix, les décisions belges, peu nombreuses faute d'un important contentieux, n'apportaient pas beaucoup d'enseignement. Ainsi, les questions relatives à l'objet de la protection, aux droits des utilisateurs, aux exceptions, aux droits exclusifs, à la titularité dans le cadre d'un contrat d'emploi ou de commande, etc... ne pouvaient trouver de réponse que par une application des principes généraux (difficile en

² Computerrecht, 1992/4, p. 138 à 148; D.I.T., 1992/3, à paraître.

³ Pour un résumé et des références doctrinales, cf. F. BRISON et J.P. TRIAILLE, "La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge", J.T., 1991, p. 782 à 791.

raison de la relative spécificité de la matière traitée, et incertaine parce que non confirmée par les juges), ou via un détour par les jurisprudences étrangères, souvent plus prolixes sur le sujet, telles que les décisions françaises, allemandes et hollandaises.

Face à cette carence de la loi, une première proposition avait été faite, qui s'intégrait dans les premiers textes proposés par le sénateur LALLEMAND.

Cette première proposition, fortement inspirée de la législation française de 1985, confirmait le principe d'une protection des "logiciels" par le droit d'auteur, et l'organisait en trois articles (articles 29, 30 et 31 de la proposition).

Il s'agissait alors de protéger les logiciels en tant qu'oeuvres (et non pas en tant qu'oeuvres littéraires)⁴, de prévoir une durée de protection de 25 ans, de ne permettre que la copie de sauvegarde, à l'exclusion de toute autre reproduction ou utilisation non autorisée par l'auteur, et de prévoir que, sauf stipulation contraire, les droits d'auteur appartiendraient à l'employeur.

Avec l'apparition de la proposition de directive communautaire, l'on se rendit compte rapidement que ces articles proposés au niveau belge seraient amenés à être modifiés, et on attendit donc l'adoption de la directive pour l'aligner sur le texte à venir.

Les travaux en Commission de la Justice du Sénat

La prise en compte du texte de la directive, après son adoption le 14 mai 1991, amena une série d'amendements; une première mouture du texte modifié fut alors adoptée en Commission de Justice du Sénat⁵ (ci-après "première mouture").

Suite à la dissolution des Chambres le 17 octobre 1991, le texte de la proposition de loi (reprenant le texte adopté en Commission de la Justice du Sénat) dû être redéposé; cela a permis à la Commission de Justice, qui reprit l'examen du texte qu'elle avait adopté, de procéder à de nouveaux amendements du texte. Parmi ces modifications, une série d'amendements concerne les programmes d'ordinateurs. Un nouveau texte a ainsi été adopté en Commission de la Justice (ci-après "deuxième mouture")⁶.

⁴ Cf. C. DOUTRELEPONT, "Nouvelles de Belgique", RIDA, 1987, p. 177.

⁵ Doc. Sénat, 329-2 (S.E. 1988), Rapport du Sénateur ERDMAN, 9 juillet 1991 (ci-après le "premier rapport"). Le texte adopté figure, dans sa nouvelle numérotation, aux pages 355 à 389 du rapport.

⁶ Doc. Sénat, 145-2 (S.E. 1991-1992), Rapport du Sénateur ERDMAN, 22 avril 1992, ci-après le "deuxième rapport". Le texte adopté figure aux pages 76 à 155 du rapport.

Le texte de la première mouture, ainsi qu'on le verra, ne reprenant qu'assez imparfaitement les dispositions de la directive. Il fut certes expliqué à ce sujet que "comme de nombreux membres de la Commission ont estimé que la terminologie de cette directive était trop technique et trop imprécise, elle n'a pas été reprise littéralement"⁷; il fût ajouté que la directive "manquait de clarté et qu'elle était même incompréhensible à certains endroits"⁸.

On peut cependant constater que le législateur, ne reprenant pas littéralement le texte de la directive, ce qui est certes admissible, en avait carrément omis certaines dispositions, et avait même adopté des dispositions qui y étaient contraires⁹.

Le texte de la deuxième mouture, modifié en de nombreux points par rapport au premier texte, notamment suite aux amendements proposés par le Sénateur CEREXHE, se rapproche davantage du texte-même de la directive, pour en reprendre textuellement plusieurs dispositions importantes¹⁰.

Ce texte a alors été discuté en séance plénière du Sénat¹¹. Divers amendements furent proposés¹², et adoptés¹³, mais ils ne concernaient plus les programmes d'ordinateurs; à ce sujet, toutes les dispositions furent adoptées, article par article, sans aucune discussion¹⁴.

Les débats en séance plénière prirent fin par l'adoption de la proposition, qui fut alors transmise à la Chambre des Représentants.

Selon nos informations, les travaux en Commission n'ont pas encore débuté à ce jour sur le texte transmis par le Sénat.

On se basera dès lors, pour la suite de l'exposé, sur le texte adopté en Commission, dans sa deuxième mouture, puisque c'est alors que furent adoptées les dispositions les plus récentes sur les programmes d'ordinateur.

⁷ Deuxième rapport, p. 12.

⁸ Deuxième rapport, p. 37.

⁹ Cf. infra.

¹⁰ Pour l'anecdote, on signalera que ces amendements suggérés par le Sénateur CEREXHE, ainsi que les justifications y données, furent préparés et rédigés par l'auteur de ces lignes, sous réserve de quelques modifications de forme. Il apparaît que le Gouvernement a voulu reprendre à son propre compte ces amendements; mais qu'ensuite il renonça à ce projet. C'est ce qui explique, ainsi qu'on le constate à la lecture du second rapport, que le Gouvernement ait dû systématiquement retirer les amendements (rédigés, pour la raison indiquée ci-dessus, en termes similaires à ceux du sénateur) au profit de ceux de ce dernier.

¹¹ Annales Parlementaires, Sénat, séances des 19, 20 et 21 mai 1992.

¹² Doc. Sénat, 145-3 à 9 (S.E. 1991-1992), Amendements.

¹³ Doc. Sénat, 145-10 (S.E. 1991-1992), Articles adoptés en première lecture.

¹⁴ Annales Parlementaires, Sénat, séance du 19 mai 1992.

Les travaux en Commission durant la précédente législature débutèrent avant l'adoption de la directive pour s'achever, en juillet 1991, peu après son adoption. Cela explique qu'on parte, au départ, de trois articles fort éloignés de la proposition de directive (articles 29, 30 et 31 du projet initial, inspirés de la loi française) pour en arriver à des versions de plus en plus proches de la directive adoptée entretemps.

Cela explique aussi qu'au début, la directive ne figure pas dans la longue liste des textes nationaux, communautaires ou internationaux, dont le rapporteur a mentionné l'influence sur les travaux¹⁵, alors même que l'objectif d'oeuvrer dans le sens d'une harmonisation de la loi belge avec les autres dispositions européennes est clairement affirmé¹⁶.

Le principe d'une protection par le droit d'auteur

D'une façon générale, on peut observer que l'esprit de la proposition de loi est plus accueillant que l'ancienne loi de 1886 à l'idée même d'une protection par ce biais de produits aussi utilitaires que des logiciels.

Cela est vrai, évidemment en raison du fait que la nouvelle loi doit prendre en compte des évolutions technologiques inexistantes à l'époque de la rédaction de l'ancienne loi.

Mais plus fondamentalement, cela découle aussi d'une évolution dans les objectifs assignés à la loi : si la loi de 1886, dans la ligne traditionnelle des législations continentales issue du système du droit d'auteur, et par opposition aux législations de "copyright", centrait toute l'attention sur la personne de l'auteur et sur la protection de sa personnalité au travers des œuvres qui pouvaient révéler une personne humaine, la proposition de loi à l'étude est révélatrice du rapprochement progressif qu'on peut observer entre "le droit d'auteur" et le "copyright"¹⁷.

Ainsi, selon l'auteur de la proposition, l'objectif de la loi est actuellement de deux ordres :

— "encourager la création intellectuelle en apportant un soutien aux créateurs et en contribuant ainsi au développement social, économique et culturel;

¹⁵ Premier rapport, p. 5 et s.

¹⁶ Premier rapport, p.9.

¹⁷ Cf. à ce sujet, la thèse d'A. STROWEL, "Droit d'auteur et copyright. Etude de droit comparé", (à paraître), U.C.L. (spécialement les conclusions générales).

— "protéger les investissements nécessaires à la production de biens culturels (livres, disques, films, videogrammes)"¹⁸.

La proposition de loi, plus que la loi de 1886, se soucie de la protection des investissements, des intérêts économiques des producteurs. Et cette observation ne doit pas être comprise comme une critique de la loi de 1886, laquelle fut considérée à l'époque de son adoption et longtemps après comme une législation exemplaire, en harmonie avec l'esprit et les nécessités de son temps.

La proposition de loi, à raison de cet objectif de protection des investissements, offrait donc dès l'abord un terrain plus accueillant pour des produits comme les logiciels, que l'ancienne loi, au sein de laquelle l'introduction des logiciels aurait semblé exorbitante. Il suffit pour s'en convaincre, d'imaginer le tableau inélégant auquel on arriverait si le législateur belge se contentait, en dehors de toute réforme globale, d'adjoindre au texte de 1886 une "rallonge" dans laquelle on insérerait, pour respecter ses obligations communautaires, les dispositions de la directive. Le contraste, assurément, ne serait pas très heureux.

L'idée même d'une protection des programmes par le droit d'auteur, que la proposition de loi avait déjà acceptée avant d'y être obligée par la directive, ne semble pas avoir causé beaucoup de difficultés ni d'objections en Commission.

On relevera tout de même qu'il fut dit au cours des travaux, à titre de justification de la protection par le droit d'auteur que "le logiciel n'est pas une matière brevetable"; il faut rappeler malgré tout que les choses ne sont pas si simples :

D'une part, la loi belge sur les brevets d'inventions, à l'instar de la Convention de Munich, exclut seulement les programmes "considérés en tant que tel"¹⁹; d'autre part, certaines juridictions, et dans une certaine mesure l'Office européen des brevets adoptent une interprétation restrictive de la non-brevetabilité pour admettre l'existence d'un brevet sur certains logiciels. Aux Etats-Unis, on peut même dire que ce mode de protection tend à gagner en importance²⁰.

Le choix du droit d'auteur était dès lors fait avant l'adoption de la directive; ce principe ne provoqua dès lors pas de discussion en Commission de la Justice.

¹⁸ Premier rapport, p. 18 (nous soulignons).

¹⁹ Article 3 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention.

²⁰ A ce propos, cfr. Office of Technology Assessment, U.S. Congress, Computer Software and Intellectual Property — Background Paper, OTA-BP-CIT-61, US Government Printing Office, 1990.

Section I. Introduction des principes et des dispositions de la directive

On tentera ci-après d'aborder, point par point, les dispositions et les principes de la directive, et la façon dont le projet de loi envisage de les introduire en droit belge.

La protection des programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires

L'article 1.1. de la directive impose de protéger les programmes d'ordinateur "en tant qu'œuvre littéraire au sens de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques".

Les auteurs de la directive ont insisté sur la nécessité d'une véritable équivalence de traitement, et ont indiqué qu'une assimilation qui ne serait pas complète ne serait pas conforme à la directive²¹ même si certains ont qualifié d'absurde cette assimilation²².

Que dit le projet belge à cet égard ?

Dans la première mouture, les programmes d'ordinateur figurent dans la liste des "œuvres"²³; de même, on ajoute, afin de viser les programmes d'ordinateurs, que la "fixation" vise l'incorporation de "codes" dans un support matériel. Par ailleurs, on supprime la section spécifique aux "logiciels" pour faire rentrer les dispositions relatives aux "programmes d'ordinateurs" — et la modification de la terminologie résulte de l'adoption de la directive — dans la section relative aux œuvres littéraires; mais plutôt que d'insérer les programmes d'ordinateurs dans la liste des œuvres littéraires (dont le texte ne dit pas qu'elle serait non-limitative), la Commission préfère préciser, après l'énumération de ces œuvres, en un alinéa distinct, que "sont assimilés aux œuvres littéraires les programmes d'ordinateurs"²⁴.

Dans la seconde mouture, la solution qui avait été retenue fut critiquée, et un amendement fut proposé pour insérer les programmes dans la liste même des œuvres littéraires²⁵.

²¹ J-F. VERSTRYNGE, "Protecting Intellectual property Rights within the New Pan-European Framework-Computer Software", International Computer Law Adviser, 1991, p. 9, B. CZARNOTA et R. HART, Legal Protection of Computer Programs in Europe, A Guide to the EC Directive, Butterworths, 1991, p. 30.

²² M. VIVANT, "Le programme d'ordinateur au Pays des Muses — Observations sur la directive du 14 mai 1991", La Semaine Juridique, Ed. E., n° 47, p. 481.

²³ Premier rapport, p. 30 et p. 355.

²⁴ Premier rapport, p. 117 et p. 360 (article 13).

²⁵ Deuxième rapport, p. 35 et s.

Cet amendement se heurta à un refus de l'auteur de la proposition, qui préfère la solution de l'assimilation, et le maintien des programmes hors de la liste des œuvres littéraires²⁶. Mais paradoxalement, on ajoute dans un nouvel alinéa que "toutes les dispositions applicables aux œuvres littéraires, y compris la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques leur sont également applicables". Enfin, on décide de retirer les programmes de la liste des "œuvres" de l'article 1, afin d'éviter d'éventuelles interprétations contradictoires avec les dispositions spécifiques aux programmes d'ordinateurs"²⁷.

La solution retenue ne nous paraît pas très heureuse.

Tout d'abord, dans sa forme, le texte est devenu, par retouches successives, assez inélégant.

Ensuite, on voit bien qu'il persiste une résistance traditionnelle à considérer les programmes comme des œuvres littéraires — ce que la directive impose pourtant — : on refuse de les intégrer dans la liste des "œuvres littéraires (article 13), et on les retire même de la liste des "œuvres" (article 1).

Enfin, voulant éviter une solution jugée difficile à admettre, on adopte une alternative d'apparence plus rigide.

Comment pourrait-on encore tirer le moindre argument d'une certaine "spécificité" du logiciel dès lors que "toutes les dispositions applicables aux œuvres littéraires" leur sont rendues expressément applicables ?

La directive semble certes vouloir empêcher qu'on puisse arguer du caractère spécifique des programmes d'ordinateurs par rapport aux autres œuvres littéraires, mais elle laissait sans doute une petite marge de manœuvre, tandis que le projet belge n'en laisse plus aucune. En réalité, il semble que le législateur, qui voudrait refuser de s'incliner, aille dans une direction qui, plus que le texte de la directive, pourrait aboutir à des solutions inappropriées; on y reviendra notamment à propos du contrat d'édition.

Cet espèce de "blocage" se comprend d'autant moins que le projet prévoit peu de dispositions applicables aux seules œuvres "littéraires", de sorte que cette qualification a

²⁶Selon lui, "l'assimilation à une œuvre littéraire suffit donc pour autant qu'une même protection soit assurée" dans la mesure où, s'agissant d'une directive, le législateur garde le choix des moyens à mettre en œuvre pour aboutir au résultat imposé, Deuxième rapport, p. 39.

²⁷ Deuxième rapport, p. 41.

une importance plus théorique que pratique : dans la section 2 (seconde mouture) relative aux œuvres littéraires, la plus grande partie est consacrée aux programmes d'ordinateurs. Le reste vise les discours prononcés en public (sans incidence pour les programmes), le prêt à des institutions culturelles (non applicable aux programmes, ainsi que l'article le confirme)²⁸, et les publications faites par l'Etat (seule disposition qui pourrait avoir une importance)²⁹.

Par ailleurs, après avoir dit que toutes les dispositions applicables aux œuvres littéraires seraient applicables aux programmes d'ordinateurs, le législateur prévoit une section (relative aux exceptions) applicable notamment aux œuvres littéraires, mais pas aux logiciels³⁰.

Assurément, il serait plus simple et plus logique d'insérer simplement les programmes d'ordinateurs dans la liste des œuvres littéraires de l'article 13. La solution actuelle ne nous semble pas contraire au texte de la directive (même si elle trahit une conviction opposée sur ce point à l'esprit de la directive), mais elle devrait être remplacée par l'insertion suggérée ci-dessus.

On signalera que les Français, pourtant soucieux d'orthodoxie, ne font pas tant de difficultés à ce sujet, et que le projet français prévoit de préciser que les logiciels sont protégés "en tant qu'œuvres littéraires".

L'objet de la protection

La directive (article 1.1. et 1.2.) précise que le terme "programme d'ordinateur" comprend le matériel de conception préparatoire, ajoute que la protection vise toute forme d'expression du programme, et rappelle que cette protection ne s'applique pas aux idées et principes à la base de quelque élément du programme y compris de ses interfaces³¹.

La proposition de loi, dans sa deuxième mouture dit³² : "La protection s'étend également au matériel de conception préparatoire ainsi qu'à toute forme d'expression"³³.

²⁸ Cfr. infra.

²⁹ Cfr. infra.

³⁰ Section 6. Dispositions communes aux sections 1 à 5, à l'exception des programmes d'ordinateur.

³¹ Pour les justifications de ces précisions, cf. B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 35 et s.

³² Article 13, al. 4 et 5; deuxième rapport, p. 86.

³³ La première mouture ne contenait aucune disposition à ce sujet.

Il faudra se rappeler, dans l'application de cette disposition, que la directive explicite la notion de matériel de conception préparatoire³⁴.

Le texte actuel ne contient aucune disposition relative aux idées et principes, et à la protection des interfaces.

Au cours des discussions en Commission, il fut dit que la protection concernait "à la fois la conception intellectuelle du programme et l'expression matérielle de cette conception"³⁵. Cette affirmation ne nous semble pas exacte quant à la "conception intellectuelle", et les discussions en Commission furent confuses à ce sujet. Il est clair qu'une pure conception intellectuelle, qui relève des idées ou des principes, n'est protégeable qu'à partir du moment où elle s'inscrit dans une forme d'expression.

C'est précisément "pour éviter toute ambiguïté"³⁶ que la directive rappelle ce principe du droit d'auteur, et c'est suite à des controverses et à des interprétations divergentes des groupes de pression que l'application du principe aux interfaces fut confirmée³⁷.

On peut certes considérer que le principe de non-protection des idées est un principe fondamental qu'il est utile de rappeler³⁸. L'absence de tout rappel à ce sujet, et de toute précision concernant les interfaces, vu l'absence d'amendements proposés à ce sujet, n'est cependant pas satisfaisante, et "ce qui va sans le dire va parfois encore mieux en le disant". A tout le moins, des précisions à ce sujet devraient ressortir des discussions à la Chambre des Représentants.

La condition de protection

Selon la directive, un programme est protégé "s'il est original en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur". En outre, "aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection".

³⁴ Exposé des motifs, al. 7.

³⁵ Deuxième rapport, p. 41.

³⁶ Exposé des motifs de la directive, al. 13.

³⁷ Cfr. B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 36 et s. A ce sujet également, F. BRISON et J-P. TRIAILLE, op. cit., p. 783 et 784.

³⁸ Le projet de loi français opte pour la même solution.

On ne reviendra pas sur les raisons de ces dispositions³⁹. Le projet de loi belge (art. 13, al. 4) prévoit qu'"un programme d'ordinateur est protégé s'il constitue une création intellectuelle propre à l'auteur"^{40,41}.

Les discussions sur cette question furent également assez confuses en Commission de la Justice⁴².

Le seul test à appliquer est en principe celui-ci : le programme est-il une "création intellectuelle" (résultant donc d'une activité intellectuelle) et cette création a-t-elle été réalisée par l'auteur (et non pas copiée d'une autre œuvre) ?

Il sera préférable de s'en tenir aux commentaires de la directive que de s'appuyer à ce sujet sur ce qui fut dit en Commission de la Justice : on y parle de la nécessité d'un "effort intellectuel" (ce qui est plus exigeant que la directive), de la nécessité d'une certaine "nouveauité" (ce qui n'est pas prévu par la directive et est étranger au droit d'auteur); on y lit également que la directive a entendu s'écarter expressément de la conception subjective de l'originalité (alors que la volonté déclarée de la Commission européenne est de raisonner pour les logiciels comme pour autres œuvres littéraires).

Assez bizarrement, on ne retrouve pas trace dans les documents parlementaires, du moment où le texte finalement retenu a été adopté en Commission... L'alinéa y relatif apparaît en effet pour la première fois dans le corps du "texte adopté"⁴³.

Ce texte présente une particularité : il indique quand un programme sera protégé, mais sans faire le détour par la notion d'originalité ni la mentionner (notion qui n'est définie nulle part , et à juste titre, dans le projet de loi). Ainsi la condition de protection imposée par la directive a-t-elle d'autant moins de chances de "contaminer" le droit commun du droit d'auteur⁴⁴. L'astuce ne nous paraît pas contraire à la directive sur ce point. Il faut cependant qu'il soit clair que le juge ne pourrait exiger en outre que le programme satisfasse à la condition d'originalité telle que conçue par la jurisprudence belge. Pour éviter cela, insérer la précision de l'art. 1.3. *in fine* de la directive dans la

³⁹ Cfr. B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 43 et s. A ce sujet également, F. BRISON et J-P. TRIAILLE, op. cit., p. 784.

⁴⁰ La première mouture ne contenait aucune précision à ce sujet.

⁴¹ Le projet de loi français ne reprend pas la définition de la directive, aux motifs que la jurisprudence française y est déjà conforme, que la directive aurait précisément adopté sur cette question la définition française, et qu'il n'est pas possible d'insérer dans la loi une définition de l'originalité qui soit ~~en~~ une catégorie d'œuvres.

⁴² Cf. notamment, deuxième rapport, p. 20 et s.

⁴³ Deuxième rapport, p. 86.

⁴⁴ Recommandation de la Commission Mixte, op. cit. 13.

loi ne nous semblerait pas superflu⁴⁵, et ce d'autant plus vu le fait que le passage par l'originalité a été évité.

S'agissant de l'originalité en général, la Cour de Cassation belge a rendu deux arrêts importants en 1989⁴⁶ :

— selon l'arrêt du 27 avril 1989⁴⁷, il est "nécessaire mais suffisant" que l'œuvre (en l'espèce, une photographie), "soit l'expression de l'effort intellectuel de celui qui l'a réalisée, ce qui constitue une condition indispensable pour donner à l'œuvre le caractère individuel à travers lequel une création existe";

— selon l'arrêt du 25 octobre 1989⁴⁸, qui rejette un pourvoi, c'est à bon droit que les juges d'appel avaient décidé (de manière implicite, mais indiscutable) que l'œuvre (en l'espèce, un catalogue) "ne portait pas l'empreinte personnelle de l'auteur et dès lors ne peut être considérée comme originale".

Le premier arrêt insiste donc sur le critère de l'effort intellectuel, tout en ajoutant que ce dernier sera une condition indispensable pour donner à l'œuvre un caractère individuel (c'est-à-dire, rattaché à un individu).

Le second arrêt ne parle pas d'effort intellectuel mais seulement de la marque de la personnalité d'un auteur⁴⁹.

Il nous semble résulter de la conjonction de ces deux arrêts qu'en réalité, seul le critère de l'empreinte de la personnalité d'un auteur sera requis pour que l'œuvre soit originale.

A cet égard, le premier arrêt amène peut être une certaine confusion en qualifiant l'effort intellectuel de "nécessaire et suffisant", puis en ajoutant que c'est le caractère individuel de l'œuvre qui donne naissance à une création. Cela signifie, nous semble-t-il,

⁴⁵ En ce sens également, Commission Mixte, op. cit., 1.3.

⁴⁶ A ce sujet, cfr. notamment A. STROWEL, "L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable", J.T., 1991, p. 513 et s.; F. GOTZEN, "Het hof van Cassatie en het begrip oorspronkelijkheid in het Belgische auteursrecht. Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken" Computerrecht, 1990/4, p. 161 et s.; J. CORBET, "Vijf jaar auteursrecht 1985-1989", R.W., 1991, p. 181 et s.

⁴⁷ Pas., 1989, I, p. 908.

⁴⁸ Pas., 1990, I, p. 238.

⁴⁹ Dans le même sens, deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles (des 21-6-1988 et 26-10-1989) n'exigent que l'empreinte "d'une personnalité créatrice" pour le premier, et "d'une composition et d'un style personnel" pour le second arrêt; cf. J. CORBET, op. cit., p. 182.

que l'effort intellectuel n'est pas suffisant en réalité : il faut encore qu'il aboutisse à une création individuelle.

Par ailleurs, le second arrêt semble indiquer que l'effort intellectuel n'est pas nécessaire non plus (car l'arrêt n'en parle pas)⁵⁰, outre le fait qu'il n'est pas suffisant ; et on sait qu'en effet la protection peut venir s'attacher à des créations spontanées et improvisées n'ayant nécessité aucun "effort" intellectuel.

L'arrêt du 27 avril 1989 parle d'"effort" intellectuel. Il faut savoir, s'agissant des logiciels, que ce terme, proposé par le Parlement européen, a été expressément rejeté par la Commission afin d'éviter une interprétation potentiellement plus exigeante pour ces œuvres-là que pour les œuvres que pour les autres œuvres littéraires : c'est le terme de "création" intellectuelle qui a été retenu dans la directive, et qui doit donc seul être requis.

Exiger la preuve d'un "effort" dans la ligne de l'arrêt du 27 avril 1989 pourrait être contraire à la directive, à moins que l'on se contente, au titre d'effort, d'une simple activité : il serait alors suffisant qu'un lien puisse être tracé entre l'auteur et son œuvre, même si celle-ci n'a pas nécessité d'effort particulier⁵¹.

Si c'est cette dernière interprétation de la notion d'effort qui est retenue, la définition donnée par la directive ("création intellectuelle propre à son auteur") est alors très similaire à la notion d'originalité exigée en droit belge pour les autres œuvres littéraires, de sorte que le risque de contamination du droit commun ne serait pas autant à craindre que certains le disent.

On signalera qu'au moins trois décisions avaient été rendues en Belgique à propos de l'originalité de logiciels : une première, en 1988, que nous avons critiquée⁵², exigeait un niveau élevé, une seconde constatait que le programme litigieux était "le fruit d'un travail personnel et non de quelque chose de généralement connu"⁵³; la troisième se contentait de renvoyer la difficulté à un expert⁵⁴

⁵⁰ sauf à soutenir que toute création exige un tel "effort", lequel pourrait dès lors être d'une faible intensité.

⁵¹ En ce sens, F. GOTZEN, dans l'article précité, parle de "intellectuelle activiteit" plutôt que de "intellectuele inspanning".

⁵² Trib. 1ère Instance Bruxelles, 30 sept. 1988, D.I.T., 1989/1, p. 68; v. J-P. TRIAILLE, La protection des logiciels en Belgique, in L'informatique et le droit d'auteur, éd. Y. BLAIS, 1989, p. 102.

⁵³ Trib. 1ère Instance Louvain, 5 février 1991, D.I.T., 1991/3, p. 44 et note B. LEJEUNE.

⁵⁴ Trib. 1ère Instance Hasselt, 30-04-1990, D.I.T. 1990/4, p. 68. et note B. LEJEUNE.

Titularité des droits sur le programme

La directive impose des règles concernant la titularité des droits sur les programmes, spécialement pour les relations employé-employeur (article 2 de la directive). En résumé, le principe est que, sauf stipulation contraire, les droits d'auteur patrimoniaux reviennent à l'employeur quand il s'agit d'un programme "créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur".

L'article 15 de la proposition de loi, tel que modifié dans sa deuxième mouture pour le rendre plus conforme à la directive, reprend correctement l'article 2.3. de la directive⁵⁵.

L'auteur de la proposition a expliqué que cette règle ne viserait pas par exemple l'hypothèse de l'étudiant effectuant un stage chez un employeur en dehors des liens d'un contrat de travail : dans un tel cas, c'est l'étudiant qui, sur la base du droit commun (article 2, al. 3 de la proposition de loi), resterait titulaire des droits⁵⁶.

Les auteurs de la directive ont précisé que les notions d'employeur et d'employé devaient recevoir l'interprétation normale découlant des principes généraux du droit du travail⁵⁷.

On rappellera qu'en tout cas, la cession de droits ne s'applique pas d'office en cas de contrat de commande d'un logiciel spécifique — situation que la directive ne réglemente pas et que la proposition de loi ne réglemente pas non plus, de sorte que c'est le droit commun qui s'appliquera⁵⁸.

En ce qui concerne les logiciels créés par des fonctionnaires au service de l'Etat ou d'autres administrations publiques — situation non visée par la directive ni par l'article 15 de la proposition de loi — ce seront les règles relatives aux droits d'auteur de l'Etat ou des fonctionnaires qui s'appliqueront (article 2 al. 4 et 14 de la proposition), en conséquence de l'assimilation des programmes aux œuvres littéraires.

Quant aux articles 2.1. et 2.2. de la directive (œuvre collective, œuvre de collaboration), il n'est pas nécessaire de les reprendre dans la loi.

⁵⁵ Deuxième rapport, p. 88.

⁵⁶ A ce sujet, B. CZARNOTA et R. HART, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ B. CZARNOTA et R. HART, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁸ En ce sens, deuxième rapport, p. 43.

Il est entendu que la directive ne visait que le transfert des droits patrimoniaux et non le transfert des droits moraux à l'employeur; l'article 5 de la proposition ne prévoit pas autre chose en restant limité aux droits patrimoniaux.

L'invocation par l'employé de ses droits moraux pourrait parfois causer des difficultés pour l'exploitation commerciale du programme par l'employeur; ainsi l'employé serait en principe le seul à pouvoir décider si son œuvre est prête à être divulguée et commercialisée (droit de commercialisation), il pourrait peut être interdire les adaptations, voire les corrections et la maintenance du logiciel (droit au respect), et exiger que sa paternité soit toujours rappelée (droit de paternité).

On estimait cependant parfois que dans le cas des logiciels le recours aux droits moraux serait plus contestable, dans la mesure où la personnalité d'un être humain (que les droits moraux ont pour objectif de protéger) est moins en jeu que pour les autres œuvres littéraires. Une interprétation téléologique des droits moraux, et l'application de certains principes généraux du droit (abus de droit, exécution de bonne foi des conventions) étaient préconisées pour éviter des conséquences jugées anormales.

La doctrine belge adoptait à ce sujet une position moins doctrinale et plus pragmatique que la doctrine française, et n'était pas nécessairement opposée à admettre la licéité de cessions de droits moraux, ou du moins de renonciation à leur exercice par le titulaire.

La proposition de loi entend établir le caractère inaliénable des droits moraux qu'elle reconnaît (droit de divulgation, de paternité, de repentir et droit au respect)⁵⁹. L'intention est clairement affirmée, d'instaurer un système véritablement protecteur des auteurs.

Les dispositions à ce sujet figurent dans la section I, "Du droit d'auteur en général"; elles sont ainsi notamment applicables aux œuvres littéraires.

Et dès lors que le texte de l'article 13 prévoit, ainsi qu'on l'a indiqué (et regretté) que "toutes les dispositions applicables aux œuvres littéraires" sont applicables aux programmes d'ordinateur, on voit moins encore qu'auparavant quel moyen on pourrait encore invoquer à l'encontre de l'employé qui entend exercer ses droits moraux, fut-ce dans le but principal de causer des difficultés à son employeur.

⁵⁹ Cf. notamment deuxième rapport, p. 8,9, 25, et les articles 2,9,10,11,12.

En France, la loi de 1985 avait prévu, pour les logiciels, des limites à l'exercice par l'employé de ses droits moraux. Le projet de loi français prévoit de modifier quelque peu ce texte de la manière suivante : "Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à la modification du logiciel, lorsque celle-ci n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation, ni exercer son droit de repentir ou de retrait".

La proposition de loi belge ne prévoit rien de similaire; la directive ne l'interdit pas cependant.

Il est intéressant de noter que les auteurs de la proposition y avaient apparemment pensé au départ, mais qu'il a été décidé de ne pas s'inspirer de la législation française sur ce point (alors même qu'elle servait de point de départ pour les premiers articles de la proposition de loi belge, ainsi qu'on l'a dit), au motif que "la loi actuelle ou le projet de réforme ne consacrent pas l'incessibilité des droits moraux et que, dès lors, l'employeur pourra aisément obtenir la cession de certains de ces droits"⁶⁰.

L'explication donnée dès lors en 1987 par l'une des co-rédactrices du projet n'est plus valable aujourd'hui, dès lors que précisément les droits moraux deviendraient incessibles selon le nouveau projet de loi.

La question se pose dès lors avec d'autant plus de pertinence de savoir s'il ne faudrait pas, à l'instar du droit français, envisager pour les logiciels des restrictions au caractère par ailleurs incessible des droits moraux. Le passage du projet de loi par la Chambre des Représentants permettrait encore qu'on adopte sur ce point le texte voté par le Sénat⁶¹.

Bénéficiaires de la protection

L'article 3 de la directive européenne confirme que le principe du traitement national, existant déjà pour les œuvres littéraires et découlant de la Convention de Berne, s'applique aux titulaires de droits sur les programmes d'ordinateur.

L'assimilation des programmes à des œuvres littéraires, prévue à l'article 13 du projet de loi suffit à atteindre l'objectif; il n'est pas nécessaire de le rappeler autrement ni expressément dans la loi⁶².

⁶⁰ C. DOUTRELEPONT, "Nouvelles de Belgique", RIDA, 1987, p. 179.

⁶¹ En ce sens également, cf. Recommandations de la Commission Mixte.

⁶² La même solution est adoptée par le projet de loi du Gouvernement français.

Les droits exclusifs

L'article 4 de la directive énumère les droits qui doivent être reconnus au titulaire des droits sur le programme d'ordinateur.

Dans la mesure où les logiciels sont à traiter en tant qu'œuvres littéraires, si la loi prévoit à cet égard des droits supplémentaires par rapport à l'article 4 de la directive, ils seront applicables aux logiciels pour autant que cela n'aboutit pas à une contradiction avec la directive, et notamment avec les exceptions prévues en faveur des utilisateurs⁶³.

A cet égard, l'article 2 du projet de loi (qui s'applique aux programmes d'ordinateur) prévoit une liste de droits exclusifs plus longue que la directive : il parle aussi du droit exclusif de fixation, de publication, et de communication au public.

Ces droits sont définis à l'article 1 du projet. La "fixation" vise clairement les logiciels, par l'incorporation de "codes" dans un support matériel (le mot "code" fut ajouté dans ce but); la "communication" vise l'offre au public sous une forme immatérielle, telle que la représentation, l'exécution ou l'exposition; la "publication" est l'acte par lequel l'œuvre est rendue accessible au public.

Il ne nous semble pas que ces dispositions soient contraires à la directive.

En outre (pour rappel), l'article 2 alinéa 2, accorde aux auteurs les quatre droits moraux généralement connus (paternité, divulgation, respect et repentir), qui doivent donc, selon le projet, s'appliquer intégralement aux logiciels.

C'est sans doute à propos de la définition des droits exclusifs et des exceptions à y établir que la première mouture du projet de loi était la plus incomplète; il a été assez largement amendé et amélioré à ce sujet lors de la seconde discussion du projet par la Commission de la Justice⁶⁴.

Droit de reproduction (art. 4 a) de la directive)

L'article 16 § 1, al. 1 du projet de loi fait écho à l'article 4.a. de la directive. Il en reprend assez fidèlement le texte. La mention "sous quelque forme que ce soit" de l'article 4.a. figure déjà à l'article 2 du projet de loi, lequel reste applicable aux programmes.

⁶³ A ce sujet, cf. F. BRISON et J.P. TRIAILLE, op. cit., p. 786.

⁶⁴ Cf. Deuxième rapport, p. 43 à 51.

A cet égard, la mention de l'article 16 § 1, "sans préjudice de l'article 2" n'est peut être pas très heureuse; la mention "sans préjudice des droits reconnus aux alinéas 1er et 2 de l'article 2" serait plus adéquate⁶⁵.

L'article 1.8. du projet définit la reproduction comme étant "la réalisation d'un exemplaire ou de plusieurs exemplaires d'une fixation ou d'une *partie substantielle* de cette fixation"; il doit être compris qu'à propos des programmes d'ordinateur, l'article 16, § 1er, qui donne le droit d'autoriser la reproduction *en tout ou en partie*, va plus loin. La directive entend en effet soumettre aussi à autorisation la reproduction de petites parties de programmes⁶⁶.

Le projet de loi ne reprend pas la 2ème phase de l'article 4.a. de la directive. La Commission Mixte Logiciel a suggéré de la reprendre textuellement⁶⁷; la précision ne serait en effet pas inutile afin d'éviter des controverses (et le projet de loi français reprend cette précision).

Droits de traduction, d'adaptation, etc ... (art. 4.b. de la directive)

L'art. 2 al. 1 du projet de loi recouvre correctement les hypothèses visées par la directive (article 4. b). Ainsi l'adaptation "sous quelques formes et modalités que ce soit" est suffisamment large à cet effet, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de le rappeler expressément.

Droits de distribution et de location (art. 4 ç de la directive)

L'art. 2 .1. du projet de loi accorde à l'auteur le droit exclusif de distribution, défini à l'art. 1er. 10 du projet comme étant "tout acte dont l'objet est d'offrir au public un ou plusieurs exemplaires ou copies d'une œuvre, notamment par la vente, le prêt ou la location". Cela satisfait donc à l'article 4.c. de la directive, 1ère phrase.

Les termes de "location" et de "prêt" ne sont pas définis par le projet de loi; sauf erreur, ils ne firent pas l'objet de beaucoup d'explications en Commission de la Justice⁶⁸. La directive ne vise que la location (à des fins lucratives) et non le prêt au

⁶⁵ Les alinéas 3 et 4 de cet article sont en effet inapplicables aux logiciels (cf. article 15 du projet, *in limine*).

⁶⁶ B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 57.

⁶⁷ En ce sens, cf. Recommandations de la Commission Mixte.

⁶⁸ Cf. Deuxième rapport, p. 50.

public (à des fins non directement lucratives)⁶⁹. Or, le projet de loi soumet le droit de location et de prêt des œuvres littéraires à un mécanisme de licence légale (article 13, alinéas 7 et s), au profit de certaines institutions à but éducatif et culturel. Il fallait donc préciser que cela ne visait pas les programmes d'ordinateur; c'est ce qui a été fait suite à un amendement proposé pour la deuxième mouture⁷⁰.

Il reste que ces dispositions relatives à la location et au prêt devront être mises en concordance avec la proposition de directive sur la location et le prêt, dont l'adoption est d'ailleurs imminente, et qui amènera aussi des changements au projet de loi.

Quant au principe d'épuisement prévu par la directive, son texte en a été repris intégralement à l'art. 16 § 1, al. 2 du projet, suite à un amendement déposé lors de la deuxième discussion⁷¹.

Les exceptions aux droits exclusifs

On pourra être assez bref à ce sujet, dans la mesure où, suite notamment aux amendements proposés lors de la seconde discussion en Commission, l'on s'est fort rapproché du texte même de la directive⁷².

L'article 16 § 2 du projet reprend l'article 5.1. de la directive, sous réserve d'un mot : là où la directive accorde des droits à l'acquéreur légitime, le projet de loi ne parle que de "l'acquéreur". Il ne s'agit pourtant pas d'un oubli car l'amendement proposé était conforme à la directive, mais que la Commission a décidé, sans que des explications soient données dans le compte-rendu, de supprimer l'adjectif "légitime" ... ⁷³, non sans qu'il ait été précisé que par "acquéreur légitime", l'on entend "la personne qui jouit du droit d'usage relatif au programme".

Il faut bien voir que la directive n'entend accorder certains droits, par le biais des exceptions prévues aux articles 5 et 6, qu'aux seuls acquéreurs ou utilisateurs légitimes du programme.

Le texte de la directive et de l'exposé des motifs ne sont pas particulièrement clairs à cet égard, notamment quant à l'incidence d'une vente par rapport à une licence⁷⁴; il faut

⁶⁹ Exposé des motifs de la directive, alinéa 16.

⁷⁰ Deuxième rapport, p. 42.

⁷¹ Deuxième rapport, p. 46.

⁷² Deuxième rapport, p. 46 et s.

⁷³ Deuxième rapport, p. 49.

⁷⁴ Cf. à ce sujet, nos remarques in J.-P. TRIAILLE et F. BRISON, op. cit., p. 787.

considérer que par acquéreur légitime, on doit comprendre celui qui a acheté un programme, qui l'a obtenu en licence, en location, ainsi que ceux qui sont autorisés à utiliser le programme au nom de ces premières personnes; l'acquéreur n'est pas nécessairement le "propriétaire" d'un support, mais est toute personne qui est légitimement en possession d'un exemplaire du programme et qui a le droit d'utiliser ce programme. Cela exclut par exemple le "hacker", ou celui qui dispose d'une copie pirate d'un programme⁷⁵.

Il nous semble que l'adjectif "légitime" doit être maintenu, et on peut craindre que la Commission des Communautés n'accepterait pas le texte actuel. Il ne nous semble pas que la solution allait nécessairement de soi, et que l'adjectif était ainsi superflu. On ne comprend pas dès lors les raisons de sa suppression⁷⁶.

L'article 16 § 3 reprend sous une forme modifiée, mais correcte nous semble-t-il, l'article 5.2. de la directive à propos de la copie de sauvegarde. L'article 16 § 6 précise bien qu'il ne peut être dérogé par contrat à l'article 16 § 3. Bizarrement, mais heureusement, on a cette fois accepté de préciser qu'il s'agissait de l'utilisateur "autorisé"... On rappellera que la copie de sauvegarde est celle qui est justifiée pour des raisons de sécurité; cela ne vise pas la copie faite sans une telle justification ou pour un usage personnel ou un usage à domicile.

L'article 16 § 4, inséré lors de la deuxième discussion en Commission, reprend le texte de l'article 5.3. de la directive, sous une forme presque inchangée et, nous semble-t-il, conforme à la directive. Cette exception avait été tout à fait omise dans la première mouture⁷⁷; il ne semblait pas pourtant qu'elle puisse si facilement découler des principes généraux —d'où l'amendement proposé— et le projet de loi français, pour cette même raison, en reprend aussi fidèlement le texte.

On rappellera que le droit prévu à l'art 16 § 4 peut viser les idées et principes à la base de "n'importe quel élément du programme", comme le prévoit la directive, de façon plus large que le projet de loi.

L'article 16 § 6 rappelle utilement le caractère impératif du § 4.

⁷⁵ Cf. B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 64.

⁷⁶ La Commission Mixte a recommandé de remplacer le terme "acquéreur légitime", jugé trop restrictif, par "la personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur" (expression reprise à l'article 5.2. de la directive, et qui ne nous semble pas avoir une signification différente).

⁷⁷ Premier rapport, p. 122; Deuxième rapport, p. 46.

L'article 16 § 5 du projet de loi reprend les dispositions de l'article 6 de la directive sur la décompilation.

Il a été modifié par rapport à la première mouture, qui ne reprenait pas les conditions prévues à l'article 6.2. de la directive, et afin de replacer le terme "interopérabilité" à la place de "compatibilité" que la Commission de la Justice avait préféré⁷⁸.

Il nous semblait en effet que, vu les âpres discussions ayant entouré l'adoption du compromis relatif à la décompilation, et l'importance que peut avoir chacun de ces termes, il était inopportun de s'en écarter. Il est vrai qu'on s'éloigne peut être de la conception que le Traité de Rome avait prévue pour l'instrument d'harmonisation que constitue la directive; il reste qu'ici, il n'y a pour ainsi dire aucune place pour la liberté des législateurs nationaux⁷⁹.

L'auteur de la proposition belge estimait que les trois conditions négatives imposées par l'art. 6.2. de la directive découlaient des règles générales de la proposition de loi⁸⁰; cela nous semble inexact. On peut certes être d'avis que le texte de l'article 6 est assez indigeste à la lecture, et que pour des non-initiés, il ait plutôt l'air d'un chameau ... Il reste qu'il est le résultat de difficiles compromis, accompagnés d'un lobbying jusqu'alors inégalé, et que "comme le chameau, il est taillé pour son propre environnement"⁸¹.

Afin qu'il soit clair que les trois premières conditions doivent être remplies (conditions positives) et qu'aucune des trois suivantes ne peut l'être (conditions négatives), on pourrait, comme dans la directive, ajouter "et que" devant le premier ç de l'article 16 § 5, et ajouter "ou qu'elles" devant le second ç⁸².

La reprise de l'article 6.7. de la directive, lui-même inspiré par l'article 9.2. de la Convention de Berne, était nécessaire en droit belge, car la Belgique n'a ratifié que les dispositions administratives de la version de Stockholm de la Convention (dans laquelle

⁷⁸ Cf. Premier rapport, p. 123; On signalera que le projet de loi français a adopté le terme d'interopérabilité.

⁷⁹ Le projet de loi français entend remplacer le terme "fondamentalement similaire" de l'article 6.2. ç de la directive par "substantiellement similaire", qui correspond mieux effectivement au terme utilisé pour la version anglaise du texte ; l'anglais fut la langue principale des négociations, et est celle des rédacteurs du texte.

⁸⁰ Cf. Premier rapport, p. 123; Deuxième rapport, p. 48.

⁸¹ J.F. VERSTYNGE, op. cit., p. 12 (nous traduisons).

⁸² C'est ce que prévoit par exemple le projet français.

l'article 9.2. fut inséré); c'est ce qui fut fait, *in fine* de l'article 16 § 5, suite à un amendement proposé pour la deuxième mouture.

L'article 16 § 6 de la proposition de loi se fait l'écho de l'article 9.1. de la directive, qui prévoit que de telles dispositions contractuelles contraires seraient "nulles et non avenues".

Indépendamment des exceptions prévues par la directive, il en est qui existent en droit interne. La directive n'affecte pas les dérogations prévues par les législations nationales, en application de la Convention de Berne, sur les "points non couverts par la directive"⁸³, ce qui laisse une certaine marge aux législateurs.

Dans le projet de loi, l'option choisie est de rendre inapplicables aux logiciels les exceptions prévues pour les autres œuvres. Ainsi la copie à usage privé ne vise pas les logiciels, mais dans la mesure où la directive a défini le droit de reproduction et a prévu plusieurs exceptions (normalement d'interprétation restrictive), il faut considérer que cela relève d'un "point couvert par la directive", de sorte qu'une telle exception pour les logiciels devrait être considérée comme contraire à la directive.

Mesures spéciales de protection

L'article 7 de la directive se retrouve à l'article 87 du projet de loi, tel qu'amendé dans sa deuxième mouture⁸⁴.

Le texte actuel n'est pas encore pleinement satisfaisant. Il laisse penser que la mise en circulation de copies illicites n'est sanctionnée que si elle est faite à des fins commerciales, ce que n'exige pas l'article 7.1. de la directive⁸⁵.

La Commission Mixte Logiciel a par ailleurs suggéré d'élargir les possibilités d'application au-delà de ce qu'exige l'article 7.1.ç, pour viser les moyens ayant "pour but principal" et non pas pour "seul but" de faciliter la suppression de dispositifs protecteurs — ce que la directive permet, mais n'impose pas.

Les articles 7.2. et 7.3. sont couverts par l'article 87 al. 5.

⁸³Exposé des motifs, dernier alinéa.

⁸⁴ Deuxième rapport, p. 74.

⁸⁵ Cf. à ce sujet, Commission Mixte, 7.1.a.

Durée de la protection

L'article 8 de la directive se retrouve presque tel quel à l'article 17 du projet de loi (tel que modifié dans la seconde mouture).

L'article 17 appelle deux observations. Il ne dit pas qu'il ne s'applique qu'aux programmes d'ordinateur, or c'est bien l'intention du législateur, puisque pour les œuvres en général, l'article 3 du projet innove par rapport à la loi actuelle et prévoit une durée de 70 ans. Sur ce point, l'amendement proposé cette fois par le Gouvernement était tellement fidèle à la directive que le texte, inséré tel quel dans un nouveau contexte amène une confusion⁸⁶...

D'autre part, la mention relative à la personne morale qui serait auteur n'a pas lieu d'être reprise, car une telle hypothèse n'est pas possible en droit belge⁸⁷.

On aurait pu imaginer de faire profiter aux logiciels également de la prolongation de la durée à 70 ans; l'article 8.2. de la directive ne le permet cependant pas, dans la mesure où cette règle de 70 ans n'était pas encore d'application en droit belge au moment de l'adoption de la directive.

Maintien d'autres dispositions légales

L'article 9 de la directive ne se retrouve pas dans le projet de loi. Un amendement qui avait cet objectif fut refusé, au motif que les règles générales de notre droit suffisaient⁸⁸. Le rapport de la Commission de la Justice mentionne cependant clairement qu'il faut respecter le principe de l'article 9 de la directive⁸⁹.

Il n'est pas certain qu'une simple mention dans le rapport suffira, car on peut penser que ce document ne sera pas souvent consulté; une mention à cet effet dans la loi ne serait peut-être pas inutile (mais le projet de loi français ne reprend cependant pas cette disposition non plus).

Il semble qu'il faille comprendre l'article 9 en ce sens que la directive n'a pas ma priorité sur les autres moyens juridiques de protection, ni, à l'inverse, qu'elle leur soit subordonnée⁹⁰.

⁸⁶ Deuxième rapport, p. 50.

⁸⁷ En ce sens, Recommandations de la Commission Mixte, 8.1.

⁸⁸ Deuxième rapport, p. 51.

⁸⁹ Deuxième rapport, p. 40.

⁹⁰ B. CZARNOTA et R. HART, op. cit., p. 96.

A toutes fins utiles, on rappellera que quand l'article 3 de la directive fixe la condition de protection, à savoir l'originalité, et exclut tout autre critère, c'est bien évidemment uniquement dans l'objectif d'une protection par le droit d'auteur. Aux autres moyens possibles de protection, tels que le brevet, correspondront naturellement d'autres critères, propres au système en question.

Date d'entrée en vigueur

On sait que la directive devait être introduite en droit interne avant le 1er janvier 1993. Il semble certain que cette échéance ne sera pas respectée en droit belge. La Belgique ne sera pas la seule à être en défaut à ce sujet; selon nos informations, aucun Etat membre n'a à ce jour introduit la directive en droit interne.

On peut sans doute considérer que depuis l'adoption de la directive, en mai 1991, un juge belge amené à trancher un litige le ferait en tentant de s'aligner sur la directive. Dans le cas contraire, il est probable qu'un recours en appel ne serait tranché qu'après la date du 1er janvier 1993, et que le juge d'appel aurait d'autant plus de raison de s'aligner sur la directive, même s'il n'est pas facile de démontrer qu'elle aurait un effet direct.

Et dans l'hypothèse où un particulier, du fait du retard dans l'introduction de la directive en droit belge, se verrait privé d'une décision judiciaire qui, sur la base de la directive, lui aurait été plus favorable, il lui reste à envisager un recours contre l'Etat belge, sur la base du droit commun (et de l'article 1382 du Code civil)⁹¹.

On signalera que parmi les dispositions transitoires (article 95), le projet de loi prévoit que la loi s'appliquera également aux programmes créés avant son entrée en vigueur, sans préjudice toutefois des actes conclus et des droits acquis avant cette date.

La directive, en son article 9.2. fixe au 1er janvier 1993 la date-pivot; c'est cette date qui devrait être prise en compte par la loi. En effet, selon l'article 95 du projet, les droits acquis et les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi (mais le cas échéant après le 1er janvier 1993) resteront intacts; on peut imaginer que cela pourra priver des tiers ou des utilisateurs de certains avantages. Reste qu'évidemment, il est difficilement acceptable d'adopter des dispositions qui soient rétroactives par rapport à des contrats conclus entre particuliers.

⁹¹ Cf. à ce sujet l'incidence d'un arrêt récent de la Cour de Justice; Frankovich et République Italienne, Bonifaci et République Italienne, arrêt du 19-11-1991, aff. C 6/90 et C 9/90.

Section II. Le projet de loi par rapport à la directive

Après avoir analysé dans quelle mesure les dispositions de la directive se retrouvaient correctement introduites dans la proposition de loi, il reste à voir s'il n'y pas certaines dispositions de cette proposition qui, sans avoir de rapport avec l'introduction de la directive, y seraient cependant contraires.

Le principe nouveau qui veut que tous les contrats relatifs à l'exercice des droits d'auteur devront être dressés par écrit, sous peine de nullité, s'appliquera aux programmes d'ordinateur⁹²; il n'est pas interdit par la directive.

Le principe selon lequel toute cession de droit sera d'interprétation restrictive, le doute profitant à l'auteur, est traditionnel en droit d'auteur⁹³; il était déjà appliqué couramment pour les logiciels.

La règle qui veut que "pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminés séparément"⁹⁴ n'est pas contraire à la directive; pour les programmes d'ordinateur, comme pour les autres œuvres d'ailleurs, cette règle risque de poser de nombreuses difficultés pratiques. Qu'entend-on en effet par "mode d'exploitation différent" ?

Les autres règles prévues à l'article 4 dans le but de protéger l'auteur dans les négociations contractuelles s'appliqueront normalement aussi aux logiciels.

On a dit les difficultés que pourraient amener le renforcement des droits moraux, voulu par le projet de loi, dans son application aux logiciels.

Les dispositions prévues en cas de contrat de travail sont inapplicables aux logiciels; la directive impose en effet une solution précise à cet égard.

Le rallongement à 70 ans de la durée de protection ne s'appliquera pas aux logiciels; à ce propos, il serait utile que l'article 3 le précise.

Les dispositions relatives aux œuvres musicales (section 3 du projet), plastiques (section 4), audiovisuelles (section 5), ne seront pas applicables aux logiciels, qui sont des œuvres littéraires (section 6 du projet).

⁹² Article 4 du projet de loi.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

Les exceptions (citation, copie privée, etc .) sont rendues inapplicables aux programmes d'ordinateur (section 6, "à l'exception des programmes d'ordinateur").

Par contre, il n'est pas dit que les dispositions relatives au contrat d'édition ne s'appliqueraient pas aux logiciels; la définition donnée à ce contrat par l'article 35 ne les exclut pas non plus.

Pourtant les dispositions prévues aux articles 36, 37 et suivants sont manifestement destinés à un contexte d'édition littéraire, et ne s'appliqueraient que difficilement aux programmes d'ordinateur.

Quant aux dispositions relatives au "contrat de représentation", il est plus évident qu'elles ne visent pas les logiciels.

Les dispositions relatives à la copie privée (instaurant un mécanisme de licence légale) ne s'appliquent qu'aux œuvres sonores et audiovisuelles (chapitre IV) ou aux œuvres fixées sur un support graphique ou analogue (chapitre V).

Les dispositions réglementant les activités des sociétés de gestion pourraient s'appliquer aux logiciels; la directive n'affecte pas ce secteur d'activités.

Section III. Récapitulatif des modifications proposées

On distinguera ci-après ce qu'il nous semble nécessaire de modifier afin de rendre le texte de loi conforme à la directive, de ce qu'il nous semblerait souhaitable de modifier.

On rappellera ensuite certains points qu'il s'agira d'avoir à l'esprit lorsque l'heure viendra d'appliquer la nouvelle loi à la lumière de la directive, et on indiquera certains points sur lesquels la réflexion devrait être entamée ou approfondie.

Les modifications nécessaires du projet de loi

Sur le fond, il nous semble nécessaire de préciser que les exceptions aux droits exclusifs du titulaire ne pourront bénéficier qu'à l'acquéreur ou à l'utilisateur "légitime".

Sur la forme, il est nécessaire de clarifier les "mesures spéciales de protection", afin de ne pas sanctionner uniquement la mise en circulation à des fins commerciales. Il est également nécessaire de clarifier l'article relatif à la durée.

Les modifications souhaitables du projet de loi

Sur le fond, il faudrait améliorer le mécanisme d'assimilation des programmes aux oeuvres littéraires, pour le rendre à la fois plus conforme à l'esprit de la directive et plus souple dans son application. Il faudrait préciser que le critère de protection prévu pour les programmes est bien le seul critère à vérifier (indépendamment de ce que prévoit le droit commun avec la notion d'"effort intellectuel"). Il serait utile de reprendre dans la loi le texte de l'article 4.a., 2ème phrase de la directive. Enfin, le rappel de la persistance des autres moyens de protection (tel que le brevet et la concurrence déloyale) ne nous semblerait pas inutile.

Sur la forme, il y aurait lieu d'améliorer l'article 16 § 1 ("sans préjudice de ..."), l'article relatif à la décompilation (et / ou, pour les conditions cumulatives), ainsi que, si possible, le mécanisme des dispositions transitoires et de la date-pivot.

Les points à garder à l'esprit pour l'application de la directive

Il faudra se référer à la directive ou à son exposé des motifs pour y trouver la définition adéquate de l'originalité (et non se référer à ce sujet aux travaux de la Commission de la Justice du Sénat), ainsi que des explications relatives à la notion de "matériel de conception préparatoire". Il faudra également se rappeler le principe de la non protection des idées (y compris pour les interfaces) et ses justes conséquences, et la définition plus restrictive du droit de reproduction pour les logiciels (qui couvre toute reproduction, même non-substantielle). Enfin, la notion de "copie de sauvegarde" est à interpréter correctement, de façon assez restrictive.

Les points à étudier plus avant ou à approfondir

L'application stricte des dispositions relatives aux quatre droits moraux, surtout dans le cadre du contrat d'emploi, ne nous semble pas souhaitable, ni véritablement praticable pour les logiciels.

Par ailleurs, il y aurait lieu d'étudier l'opportunité d'appliquer aux programmes d'ordinateur certains des mécanismes généraux prévus par la loi, tels que par exemple la nécessité d'un contrat écrit à peine de nullité, ou la nécessité de rémunération distincte pour chaque "mode d'exploitation". De plus, il faut encore analyser dans quelle mesure les dispositions relatives au contrat d'édition sont transposables telles quelles dans un autre contexte que celui pour lequel elles ont été rédigées.

Deuxième partie : Les bases de données

La proposition de directive

La proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données⁹⁵ instaure une protection à deux voies :

- une protection par le droit d'auteur de la base de données, à condition que celle-ci satisfasse à la condition d'originalité imposée (qui est identique à ce que prévoit la directive sur les programmes d'ordinateur);
- une protection contre l'extraction et la réutilisation déloyales du contenu à des fins commerciales, du contenu de la base de données — protection qui n'est pas tributaire d'une quelconque condition d'originalité.

Le système de protection issu du droit d'auteur constitue essentiellement une confirmation de ce que tant la doctrine que les praticiens considéraient généralement comme acquis, à savoir qu'une base de données peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Ce principe étant établi, la proposition fixe la condition de protection, son objet, les droits exclusifs qui consacrent cette protection, les titulaires de ces droits, les exceptions qu'il faut y adjoindre, et la durée de protection.

Le droit d'empêcher l'extraction du contenu est la véritable innovation de la proposition; elle a pour but de remédier aux lacunes que le droit d'auteur présente quand on l'applique aux bases de données, en instaurant un système dont la philosophie est certes inspirée du droit de la concurrence déloyale et parasitaire, mais qui en "codifie" les règles, et qui les transforme dans un mécanisme de droits exclusifs. A ce titre, la proposition constitue une initiative tout à fait originale, que l'on ne peut qu'appuyer dans son principe.

Il est évident que des modifications y seront apportées en cours de processus — et sur certains points, des modifications sont nécessaires — mais pour ma part, il me semble souhaitable que dans ses grandes lignes le projet soit maintenu.

Le droit belge et le projet de loi

Il est prématuré de poser la question de savoir si le droit d'auteur est conforme à la directive. On se limitera dès lors à quelques observations, sur la situation actuelle au

⁹⁵J.O.C.E., 25/06/1992, C/156, p. 4 et s.

sujet du droit d'auteur d'une part, sur la concurrence déloyale d'autre part, pour terminer par un mot sur le projet de loi.

Il n'existe pas en Belgique de définition légale des "banques" ou "bases" de données, et ni la loi sur le droit d'auteur (de 1886), ni le projet de réforme de cette loi ne mentionnent cette catégorie parmi la liste des oeuvres protégées, pas plus qu'ils ne mentionnent les recueils ou autres anthologies⁹⁶.

La doctrine, à ce sujet beaucoup plus rare qu'à propos des programmes d'ordinateurs⁹⁷, admet généralement que leur protection par le droit d'auteur est possible. L'incorporation de la banque de données dans l'une des catégories d'oeuvres protégées n'a pas fait l'objet d'analyses en droit belge. La notion anglo-saxonne de "compilation" et celle, française, d'"oeuvre d'information", n'ont ni l'une ni l'autre été reçues en droit belge.

A propos d'annuaires, d'almanachs ou de compilation, une doctrine ancienne accepte qu'ils soient protégés pour autant qu'ils témoignent d'un travail intellectuel original⁹⁸.

Certes, la Convention de Berne, en ce qu'elle prévoit la protection des "recueils d'oeuvres littéraires ou artistiques qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles", sera d'autant plus utile qu'en Belgique les auteurs belges peuvent en revendiquer l'application dans tous les cas où elle leur est plus favorable que la loi elle-même. A cet égard, le choix ou la disposition des matières pourront entraîner la protection; il ne faut pas que les deux conditions soient cumulatives. Il faut cependant pour la Convention de Berne que les éléments du "recueil" soient eux-mêmes des oeuvres, ce qui est plus restrictif que ce que la proposition de directive envisage.

Quand ces éléments eux-mêmes ne sont pas protégés, parce qu'ils relèvent du domaine public ou qu'ils sont banals (ou encore, parce qu'il s'agit de données brutes), la jurisprudence admet que l'originalité peut résider dans la composition personnelle

⁹⁶ Tout au plus fut-il dit en Commission de la Justice, à propos de l'originalité, que "un simple assemblage d'éléments peut déjà témoigner d'une certaine originalité"; cf. deuxième rapport, p. 22.

⁹⁷ S. DENIS, Y. POULLET, X. THUNIS, "Banques de données : quelle protection juridique ?", Cahier du CRID, 2, 1988; F. BRISON, Rapport belge in L'informatique et le droit d'auteur (ALAI 1989), éd. Y. BLAIS, 1990, p. 349 à 359; F. GOTZEN, op. cit., p. 161 à 169.

⁹⁸ P. POIRIER, Le droit d'auteur, les Nouvelles, Larcier, 1936, p. 838.

envisagées dans le secteur de la topographie relèvent aussi de ce que l'on appelle les nouvelles technologies de l'information. Elles aussi auront une répercussion au niveau de la loi belge.

Le secteur des télécommunications est quant à lui régi par de nombreuses directives européennes visant à l'harmonisation des règles et à la libéralisation des pratiques. Ce n'est pas dans le cadre d'une loi sur le droit d'auteur que ces directives doivent venir s'intégrer. Mais on signalera malgré tout le débat en cours au sujet des droits de propriété intellectuelle sur les standards. La normalisation a pour objectif de

¹⁰⁶ C'est une évolution dont on retrouve la trace dans la proposition de directive sur les banques de données.

promouvoir une norme technique et de la rendre utilisable par tous; les droits de propriété intellectuelle ont eux pour objectif de protéger des intérêts privés grâce à des droits exclusifs. Diffusion d'un côté, protection de l'autre; on comprend les conflits que la confrontation de deux logiques distinctes peut amener. Ce conflit s'est cristallisé sur le rôle de l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute) face aux firmes privées titulaires de droits de propriété intellectuelles sur des standards que l'ETSI veut promouvoir.

La Commission vient tout récemment d'adopter une communication à ce sujet¹⁰⁷; on peut s'attendre à ce que ce document fasse l'objet de nombreux commentaires. La présenter nous amènerait trop loin de notre sujet. Cette communication illustre bien les conflits qui peuvent surgir entre droit de la concurrence, normalisation et droit de propriété intellectuelle; on y rappelle les possibilités d'intervention de la Commission en cas d'infraction au droit communautaire, *au cas par cas*. Mais le document n'envisage que de manière assez éloignée l'éventualité d'une quelconque directive ou initiative réglementaire *générale* dans ce domaine, de sorte que, pour en revenir au projet de loi belge, celui-ci ne sera pas directement affecté par le résultat de ces discussions sur la normalisation. Il nous semblait pourtant important de signaler ce débat en cours.

Observations finales

Au terme de cet article, on ne reviendra plus sur les modifications au texte du projet de loi que devrait encore apporter le législateur, à la Chambre des Représentants, pour le rendre parfaitement conforme à la directive sur la protection des programmes d'ordinateur.

Au cours des versions successives du texte, on en est arrivé d'ores et déjà à un texte fort proche de la directive; les modifications restant à faire, même si elles sont, pour certaines, tout à fait nécessaires, ne sont plus trop importantes. Il semble certain que la date du 1er janvier 1993 ne sera pas respectée, mais c'est sans doute un moindre mal si cela permet d'aboutir à un texte plus conforme à la directive, inséré dans une législation modernisée.

Il est encore temps d'introduire dans le projet de loi les modifications qui permettront de le rendre plus conforme à la directive; à cet égard, si cet article a pour effet

¹⁰⁷ Communication du 27-10-1992, Droits de propriété intellectuelle et normalisation, COM (92) 445 final.

d'y contribuer, il n'aura pas été inutile... A défaut, il servira peut-être aux juges appelés à appliquer la nouvelle loi, ou aux plaideurs qui, pour les besoins de leurs clients, souhaiteront montrer en quoi la loi belge n'a pas respecté la directive et ne peut dès lors être appliquée en l'espèce.

Cela étant fait, le législateur belge n'en aura pas terminé avec les directives communautaires, ainsi qu'on l'a rappelé. Outre les initiatives dont on a parlé, on peut encore signaler les travaux de la Commission dans le domaine des droits moraux, des droits voisins, des sociétés de gestion collective, et de la durée du droit d'auteur, qui, s'ils aboutissent, obligeront le législateur à modifier la nouvelle loi. Certaines directives seront sans doute adoptées avant le vote de la nouvelle loi — notamment la directive location, dont l'adoption pourrait intervenir très rapidement — ce qui permettra de les introduire rapidement dans le projet (au risque d'en retarder encore l'adoption définitive).

C'est dire, en tout cas, que la nouvelle loi n'a aucune chance de rester intacte aussi longtemps que la loi de 1886.

C'est aussi dire que l'exercice auquel doit se livrer actuellement le législateur pour introduire en droit belge la directive sur les programmes d'ordinateur n'est, sans doute, dans le domaine du droit d'auteur, que le premier d'une longue série.

Dans la mesure où la directive visait un secteur bien délimité, et où elle intervenait, en Belgique, sur un terrain législatif encore vierge, la tâche n'était pas trop difficile; on peut s'attendre, par exemple pour les droits moraux, les droits voisins, la copie privée — tous domaines déjà réglementés par le projet de loi — à ce que les prochains "exercices imposés" par la Commission soient plus douloureux et plus compliqués...