

# LES CUMULS DE DROITS INTELLECTUELS SUR LES CRÉATIONS INFORMATIQUES

---

Franck MACREZ

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg –  
Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI)

## INTRODUCTION

Le développement de l'informatique dans la société induit un double mouvement d'extension des droits de propriété intellectuelle : appréhension d'objets d'un type nouveau et véritable expansion de ceux-ci. Ces deux dimensions, associées à la complexité inhérente à l'informatique, impliquent toutes deux que la question de l'articulation des droits se pose avec une acuité particulière : l'hypothèse de ce qu'il est convenu de nommer « cumul » de droits est de plus en plus fréquente.

L'étymologie du terme – *cumulare* : «tas» – permet de définir sommairement les situations que l'on se propose d'analyser : il s'agirait d'entassements de droits sur un même objet, «des tas de droits»... Encore faut-il s'entendre sur le terme d'«objet», celui-ci pouvant recouvrir deux réalités, l'une économique, l'autre proprement juridique. Il y a en effet l'objet pris en son sens commun, concret, c'est-à-dire la *création* que la propriété intellectuelle appréhende. Mais, le droit étant affaire de représentation, il y a également l'*objet de droit* tel que défini au sein de telle ou telle catégorie juridique. Celui-ci peut être multiple en présence d'un seul *objet économique*<sup>1</sup>. Ainsi, l'expression «cumuls de protection» est communément employée dans cette seconde situation, et il convient de préciser qu'il s'agit d'une

<sup>1</sup> Comp., raisonnant en termes d'«objet physique» : J.-C. GALLOUX, «Les possibles cumuls de protection par les droits de propriété intellectuelle», in *L'entreprise face à la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle*, Litec-Irpi, 2002, p. 81.

«commodité de langage»<sup>2</sup> puisque, à strictement parler il n'y a pas nécessairement chevauchement de catégories<sup>3</sup>. Il importe dès lors de conserver à l'esprit cette dualité de sens pour une même expression, particulièrement du fait que les «créations informatiques» sont multiples : logiciels, bases de données, créations multimédias, mesures techniques de protection ou bien encore noms de domaine<sup>4</sup>. Tous ces objets ont en commun de générer la création de nouveaux droits à défaut d'adaptation satisfaisante des catégories préexistantes, impliquant nécessairement une augmentation des situations de cumul.

L'idée de «cumul» en droit n'est pas propre à la propriété intellectuelle : on retrouve le terme, par exemple, en droit de la responsabilité civile<sup>5</sup>, en procédure civile<sup>6</sup> ou en droit pénal<sup>7</sup>. L'hypothèse de catégories cumulatives a également été envisagée du point de vue du raisonnement juridique<sup>8</sup> et de la théorie du droit<sup>9</sup>. Le professeur Bergel présente ainsi une double typologie des catégories juridiques<sup>10</sup> : catégories alternatives ou cumulatives, équivalentes ou hiérarchisées. Or il semble difficile de faire entrer *a priori* les catégories de la propriété intellectuelle dans ces cadres. Il n'existe apparemment pas de hiérarchie entre les deux piliers de la matière que sont le droit d'auteur et le droit des brevets, bien que l'idée de droit «voisin» puisse impliquer une relation hiérarchique. Il apparaît également bien hasardeux de présupposer qu'elles sont par nature alter-

<sup>2</sup> Voir à propos du logiciel : «Dire alors que le logiciel peut être protégé par quatre ou cinq techniques différentes est une commodité de langage. En toute rigueur, il y a quatre ou cinq objets différents de protection. Ce sont bien, pour un objet économique, cinq objets intellectuels et donc cinq objets juridiques qui sont en cause...» : J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, «Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit», *J.C.P.*, éd. E, Cahiers de droit de l'entreprise 1988, 11, suppl. n° 1, p. 2.

<sup>3</sup> J.-C. GALLOUX, art. préc. : «Au sens strict, il conviendrait de réserver le terme et la notion de cumul aux situations dans lesquelles deux ou plusieurs droits, de nature différente, existent ensemble sur un même objet physique tout en ayant partiellement ou totalement le même objet juridique».

<sup>4</sup> Le refus de qualifier les signes distinctifs (et donc ici les noms de domaine) de «création» est une attitude courante en doctrine. Pourtant, l'argument selon lequel la condition de distinctivité implique nécessairement une part de création, même faible, nous convainc pleinement : voir M. VIVANT, «Pour une épure de la propriété intellectuelle» in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

<sup>5</sup> Ainsi le principe prétorien de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

<sup>6</sup> Voir le principe classique de non-cumul du possessoire et du pétitoire.

<sup>7</sup> Les hypothèses de concours, idéal ou réel, de qualifications sont bien connues des juristes pénalistes.

<sup>8</sup> M.-L. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2001, pp. 29 et s.

<sup>9</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, nos 200 et s.; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, pp. 124 et s.

<sup>10</sup> *Théorie générale du droit*, *ibid.*

natives ou cumulatives, sauf à constater que le cumul, en matière de dessins et modèles est expressément organisé par la loi : il serait sans doute possible d'en déduire qu'à défaut le cumul est prohibé et que le principe serait donc le non-cumul des réservations privatives. En tout état de cause, la doctrine présente des voix divergentes à ce propos, certains estimant que le cumul pour les dessins et modèles mériterait d'être supprimé<sup>11</sup>, d'autres affirmant que le cumul entre droit d'auteur et brevet est le principe<sup>12</sup>. Encore faut-il s'entendre sur les mots... Pour étudier les différents cumuls, il nous faudra tout d'abord identifier ces situations en déterminant et classant les différents objets concernés (I), pour pouvoir, lorsque la situation se présente, proposer des règles d'organisation des catégories de la propriété intellectuelle (II).

## I. IDENTIFICATION DES CUMULS

L'objectif d'identification des cumuls revient à cerner précisément les zones de superposition des catégories. Pour ce faire, il convient de définir quels sont les objets couverts par les droits de propriété intellectuelle (A), avant d'en déterminer les frontières (B).

### A. DÉTERMINATION DES OBJETS

Les créations informatiques étant susceptibles de faire appel à l'ensemble des instruments juridiques de la matière, elles concernent à la fois la propriété littéraire et artistique (1) et la propriété industrielle (2).

#### 1. *Propriété littéraire et artistique*

**Mesures techniques de protection.** Au sein du droit d'auteur et des droits voisins, l'informatique marque particulièrement son empreinte à propos des mesures techniques de protection, des bases de données et des créations multimédias.

<sup>11</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, n° 68, pp. 112-113.

<sup>12</sup> N. BINCTIN, «Le cumul d'appropriation : du parfum au logiciel», *Comm. com. électr.*, 2006, 12, étude, 36, estimant qu'«il n'y a donc pas lieu d'exclure en tant que tels les logiciels du droit des brevets, si le cumul de titre est bien l'un des principes de la propriété intellectuelle en France».

Concernant les mesures techniques de protection, le premier caractère marquant est leur extrême diversité technique<sup>13</sup>. Juridiquement, leur définition nous est donnée par l'article 6.3 de la directive «société de l'information» : il s'agit de tout «dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE<sup>14</sup>.» Pour la protection de la mesure technique, celle-ci doit être «efficace», cette condition étant unanimement jugée de faible portée : elle est destinée à exclure les mesures les plus ordinaires qui n'utilisent pas les ressources de l'état de la technique existant. La protection accordée est donc très large, puisqu'elle porte sur toute mesure non autorisée par l'ayant droit.

**Bases de données.** La détermination du champ des protections dans le domaine des bases de données est plus complexe, puisque cela nécessite de distinguer les droits sur la base elle-même ainsi que les droits portant sur le contenu de cette base.

Concernant les premiers, le législateur a repris les solutions jurisprudentielles l'analysant comme œuvre de compilation<sup>15</sup> en conservant le critère d'originalité tel que dévoyé pour le logiciel : «apport intellectuel<sup>16</sup>» ou «création propre à son auteur<sup>17</sup>». Plus précisément, le critère retenu pour accorder la protection à la base par le droit d'auteur est le «choix ou la disposition des matières contenues dans

<sup>13</sup> Pour une présentation détaillée des techniques utilisées, voir : S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, nos 29 et s.; P. CHANTEPIE, «Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS», ministère de la Culture et de la Communication, rapport n° 2003-02, 2003, pp. 47 et s.

<sup>14</sup> Directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, 2001, L167, p. 10.

<sup>15</sup> Voir en France, l'affaire *Microfor* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1983, *J.C.P.*, éd. G., 1984, II, n° 20189, note A. FRANÇON; Cass. ass. plén., 30 oct. 1987, *J.C.P.*, éd. G., 1988, II, n° 20932, rapport X. Nicot, note J. HUET.

<sup>16</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1989, *J.C.P.*, 1990, 21392, note A. LUCAS; *R.D.I.T.*, 1990/2, p. 38, note GAUDRAT (Cassation de l'arrêt qui, à propos d'une compilation d'informations «ne précise pas en quoi le texte ou la forme graphique de cette publication comporterait un apport intellectuel de l'auteur caractérisant une création originale»).

<sup>17</sup> Voir p. ex., CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 15 janv. 1997, Expertises 1997, p. 193 : «Une banque de données, ensemble de données se référant à un domaine défini de connaissances, organisé pour être offert aux consultations des utilisateurs, peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit et bénéficier à ce titre de la protection qui s'attache au droit d'auteur lorsqu'elle comporte un apport intellectuel caractérisant une création originale [...]».

une base de données<sup>18</sup>. L'alternative – choix ou disposition des matières – implique qu'il est possible de découvrir deux œuvres distinctes dans la base de données : une œuvre de sélection et une œuvre d'organisation<sup>19</sup>.

S'agissant de la seconde, il faut se tourner vers le droit dit «*sui generis*» consacré par la directive de 1996, qui offre un monopole au «fabricant» de la base sur son «contenu»<sup>20</sup>. La difficulté est que cette notion de «contenu» n'est pas définie par les textes, et qu'il faut s'en tenir à une définition par référence à l'idée de contenant, elle-même polysémique<sup>21</sup>. La frontière de l'objet de la protection est donc floue, ce qui ouvre des possibilités d'empiètement sur l'objet du droit d'auteur.

**Multimédia.** La question de la protection, et de son étendue, de la création multimédia est avant tout affaire de méthode de qualification. Le choix le plus simple est celui de la qualification unitaire, ne retenant qu'une catégorie d'œuvre pour l'ensemble multimédia. Ainsi, et pour s'en tenir à la jurisprudence française, une telle création a pu être qualifiée de base de données<sup>22</sup>, de logiciel<sup>23</sup>, ou encore d'œuvre audiovisuelle<sup>24</sup>. Mais si la simplicité peut être une vertu, la démarche

<sup>18</sup> Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, 1996, pp. 20 et s., article 3.1 et considérant 35.

<sup>19</sup> P. GAUDRAT, «La loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur», *R.T.D. Com.*, 1998, p. 598.

<sup>20</sup> Article 7.1 de la Directive précitée : «Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif.»

<sup>21</sup> Voy. tout particulièrement les développements du professeur Gaudrat : P. GAUDRAT, «Loi n° 98-536 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit *sui generis*», *R.T.D. Com.*, 1999, p. 86.

<sup>22</sup> TGI Strasbourg, 22 juillet 2003, *Société Jataka c/Société EIP*, Expertises 2003, 275, p. 393, note D. CALMÉS; *JurisData* n° 231620 (à propos d'un «programme multimédia interactif [...] composé d'un logiciel et de bases de données [...] permettant d'avoir accès aux coordonnées des communes et des mairies de France métropolitaine et d'outre-mer[...]»).

<sup>23</sup> CA Caen, 19 décembre 1997, *Annie T. c/ ValérieA.*, *Les Petites Affiches*, 1999, p. 12, note É. TREPPOZ; *R.T.D. com.*, 2000, p. 99, obs. P. GAUDRAT; Cass. crim., 21 juin 2000, *Midway*, *J.C.P.*, éd. E., 2001, p. 312, note F. SARDAIN; *Les Petites Affiches*, 27 juin 2001 n° 127, p. 15, note É. TREPPOZ; *JurisData* n° 003168; et dans cette même affaire : TGI Paris, 12 décembre 1997, *Alain M. et Pierre T.c/Midway Manufacturing Company et APP*, *Gaz. Pal.*, 1999, somm., p. 447.

<sup>24</sup> TGI Paris, 8 décembre 1982, *Atari*, *Expertises*, 1983, p. 31; *R.I.D.A.*, 1984, p. 145; *JurisData* n° 000529 (à propos d'un jeu vidéo de «combat intergalactique»). Mais la linéarité des séquences du jeu vidéo fait défaut en raison de l'interactivité inhérente au multimédia, ce qui peut être analysé comme un obstacle à cette qualification (CA Paris, 28 avril 2000, *Havas Interactive c/Casartil*, *Comm. com. électr.*, 2000, p. 14; *D.*, 2001, som. com. p. 2553, note P. SIRINELLI; CA Versailles, 18 novembre 1999, *M. Vincent c/Cuc Software Inter*

apparaît ici comme franchement réductrice pour appréhender une œuvre complexe par nature. Aussi, l'acceptation de cette complexité doit conduire à une qualification distributive, rendant compte de la grande diversité de ce que l'on nomme « multimédia ». La qualification distributive consiste à appliquer le régime correspondant à chaque composant de la création multimédia : une partie qualifiée de logiciel, de base de donnée, une autre d'œuvre audiovisuelle, une autre encore d'œuvre relevant du droit commun du droit d'auteur<sup>25</sup>. Finalement, l'absorption artificielle par une catégorie d'œuvre d'éléments de nature disparate nous paraît devoir être exclue : il faut assumer la complexité de l'objet appréhendé, dans lequel plusieurs types de créations, donc de régimes juridiques, coexistent. Nous sommes donc ici en présence d'une situation de cumul sur un même objet économique dans lequel coexistent plusieurs objets juridiques.

## 2. Propriété industrielle

**Noms de domaine.** Dans le champ de la propriété industrielle, les évolutions récentes du droit des signes distinctifs sont particulièrement marquées par l'émergence des noms de domaine. L'objet protégé est ici le nom de domaine qui doit présenter un caractère de distinctivité<sup>26</sup>, ce qui n'est guère contesté aujourd'hui. L'exigence d'exploitation effective, originale par rapport à ce que connaît le droit des marques, signifie que l'objet protégé n'est pas un simple nom de domaine enregistré mais bien un nom de domaine effectivement exploité<sup>27</sup>.

*national, Comm. com. électr.*, 2000; JurisData n° 108392) : « L'interactivité chasse l'œuvre audiovisuelle » (C. CARON, « L'interactivité interdit de qualifier un CD-Rom d'œuvre audiovisuelle », *J.C.P.*, éd. E., 2003, 15, 588; v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *M<sup>me</sup> Casaril c/ Sté Havas interactive et a., D.*, 2003, jurisprudence, p.1688, note F. SARDAIN; JurisData n° 017439).

<sup>25</sup> En ce sens, A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, n° 614; M. Vivant, et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 2007, n° 443.

<sup>26</sup> Voir : CA Douai, 9 septembre 2002, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 141, note C. CARON, JurisData n° 2002-187494 (à propos du nom <boistropicaux.com> : « [...] Les noms de domaine peuvent avoir ou non une fonction distinctive. Le nom de domaine choisi évoque l'objet même du site; il est donc directement descriptif et s'apparente à un mot-clé comme ceux utilisés pour effectuer une requête auprès d'un moteur de recherche, pour naviguer sur internet; aussi ce nom de domaine peut-il être difficilement considéré comme un signe distinctif. »; CA Paris 25 mai 2005, *SA OGF c./ SA d'économie mixte des pompes funèbres de la ville de Paris - Services funéraires de Paris*, JurisData n° 2005-280879 (<servicesfuneraires.fr>).

<sup>27</sup> CA Paris, 27 juillet 2000, *Cah. Lamy*, déc. 2000 (H), p. 14, <www.juriscom.net> (« la protection sur un nom de domaine ne peut s'acquérir que par son exploitation. »); voir aussi : TGI Lons Le Saulnier, 14 janvier 2003, *Sté Pere-noel.fr c./ Aricia, Expertises*, 2003, p. 112. Une telle exigence se retrouve dans la jurisprudence des centres de médiation et d'arbitrage de l'OMPI appliquant les principes directeurs de l'ICANN.

La question la plus importante pour la détermination de l'objet de la protection est celle de l'application du principe de spécialité. En effet, il n'existe qu'un seul nom de domaine par extension (.com, .org, .net, .eu, .be, .fr, etc.) : «premier arrivé, seul servi». La détermination de la frontière entre l'objet du nom de domaine et celui d'un autre signe distinctif concurrent n'en est que plus importante.

**Logiciel : brevet et droit d'auteur.** La protection du logiciel peut aujourd'hui être recherchée selon deux techniques juridiques différentes : le «droit d'auteur<sup>28</sup>» et le brevet.

Le logiciel peut se présenter sous deux formes différentes, le code source et le code objet, et il ne semble guère faire de doute que le «droit d'auteur» protège ces deux formes<sup>29</sup>. Si la protection contre la copie servile est évidente, il faut déterminer quelles en sont les limites au-delà. Le droit d'auteur ne protège que la forme, et cela inclut la structure, l'agencement global de l'œuvre. Cette idée de protection de l'ordonnancement général de la forme est transposée logiquement s'agissant du logiciel<sup>30</sup>. La forme primaire du logiciel représentant sa structure dans sa conception première inclut sans conteste le «matériel de conception préparatoire», également protégé<sup>31</sup>. Mais l'analyse peut conduire à une réservation de l'idée même du logiciel, ce qui serait contraire au principe général selon lequel «les idées sont de libre parcours<sup>32</sup>». La directive de 1991 prend d'ailleurs soin de rappeler d'emblée que «les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y com-

<sup>28</sup> Nous utilisons les guillemets à dessein, tant ce droit s'est affranchi des règles du droit d'auteur traditionnel (voir dans le sens d'une nécessaire recodification : F. MACREZ, «Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle? – Essai sur la cohérence des droits», thèse Montpellier, 2008, n<sup>os</sup> 263 et s. à paraître aux éditions Litec). Le classement de ce droit spécifique au sein des droits de propriété industrielle (ainsi que le fait par exemple M<sup>me</sup> Schmidt : J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2003, pp. 132 et s.) nous semble dans cette optique justifié.

<sup>29</sup> Voir au niveau international l'article 10.1 des accords sur les ADPIC : «Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne (1971)».

<sup>30</sup> Voir, jugeant que l'élaboration d'un programme d'ordinateur «est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression» (nous soulignons) : Cass. A.P., 7 mars 1986, *Babolat c/Pachot*, J.C.P., éd. E., 1986, 14713, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT; R.I.D.A., juill. 1986, n<sup>o</sup> 129, p. 136, note A. LUCAS; R.T.D. com., 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON.

<sup>31</sup> La directive de 1991 précise en effet que : «Le terme "programme d'ordinateur", aux fins de la présente directive, comprend le matériel de conception préparatoire.» [article 1.1].

<sup>32</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, n<sup>o</sup> 2, p. 4. Voir «Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur», article 2 : «La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels».

pris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive<sup>33</sup>.» La jurisprudence a eu de nombreuses fois l'occasion de rappeler qu'en vertu de ce principe, la fonctionnalité du logiciel en tant que telle ne pouvait être couverte par la protection<sup>34</sup>, ce qui exclut également les algorithmes<sup>35</sup>, les idées sous-jacentes au programme<sup>36</sup> ou ce qui a été qualifié de simple méthode<sup>37</sup>. C'est sans doute cette limite qui conduit à se tourner vers la brevetabilité des programmes d'ordinateur, malgré son caractère *contra legem*<sup>38</sup>.

L'objet protégé est, dans le droit des brevets moderne, déterminé par les revendications du titre, qui peuvent couvrir un procédé ou un produit. Le logiciel est par nature un procédé de traitement de l'information et sera revendiqué comme tel, mais aussi en tant que produit, que ce soit la machine ou le support magnétique sur lequel est chargé le programme. L'interprétation qui peut être faite de ces revendications est à même d'élargir la protection, par l'idée qu'est protégée la *fonction technique* avec l'ensemble des moyens équivalents pour la réaliser.

Les choses paraissent donc claires : le « droit d'auteur » protège la forme, l'écriture du logiciel, et le brevet appréhende une fonction technique. Il faut néanmoins s'interroger plus précisément sur la frontière à tracer entre deux techniques juridiques différentes.

<sup>33</sup> Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E., 1991, L122, pp. 42 et s., article 1.1.

<sup>34</sup> Voir p.ex. (pour s'en tenir à des décisions relativement récentes) : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 499, p. 420, *R.L.D.I.*, 2006, 12, Actualités 343, obs. L. COSTES ; T. com. Nanterre, 9 février 2007, *Dalysco/Adeliol*, Prop. ind. janvier 2008, comm. 1, note J. LARRIEU, [www.legalis.net](http://www.legalis.net), *R.L.D.I.*, mars 2008, note F. MACREZ.

<sup>35</sup> CA Paris 27 janv. 1987, *F. Wallon/Christian B.*, *Expertises*, 1987, p. 69 ; CA Paris 23 janvier 1995, *P. Aff.*, 1995, 19 avr. 1996, p. 4, obs. X. DAVERAT.

<sup>36</sup> CA Paris 27 janv. 1988, *J.C.P.*, éd. E., 1988, II, 15297, n° 4, p. 672, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; CA Paris 14 janvier 2000, *P.I.B.D.*, 2000, 696, III, p. 206.

<sup>37</sup> CA Paris 5 avril 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, I, somm. p. 54.

<sup>38</sup> Sans entrer dans les détails de la « doctrine » de l'Office européen des brevets (pour cela, voir de manière critique : F. MACREZ, thèse préc., n°s 158 et s. et n°s 348 et s.), rappelons le texte légal : « Ne sont pas considérés comme des inventions [...] notamment : [...] c) les plans, principes et méthodes [...], ainsi que les programmes d'ordinateurs » (article 52 (2) de la Convention sur le brevet européen).



## B. DÉTERMINATION DES FRONTIÈRES

### 1. *Propriété littéraire et artistique*

**Hypertrophie des mesures techniques.** La protection accordée aux mesures techniques s'étend, selon la directive de 2001, à celles qui implémentent tous les «actes non autorisés par le titulaire». Cela peut laisser à première vue penser que le champ des dispositions anti-contournement correspond exactement à celui du droit d'auteur. En réalité le pouvoir d'interdire conféré par la mesure technique est hypertrophique : l'ayant droit a tout pouvoir pour décider ce qu'il entend interdire ou autoriser, indépendamment de l'étendue du droit d'auteur lui-même tel que borné par les «exceptions et limitations». M<sup>me</sup> Dusollier l'exprime très clairement : «La protection devient plus large : c'est un critère subjectif (lié à la volonté de l'auteur) qui la gouverne, et non plus un critère objectif (lié à la définition des droits et de leur limitation). Le changement est de taille <sup>39</sup>». Pourtant, il avait été auparavant prévu de circonscrire la protection aux mesures techniques destinées à empêcher la «violation» des droits de propriété littéraire et artistique <sup>40</sup>, et même à l'origine à celles «destinées à protéger le droit d'auteur ou un droit voisin <sup>41</sup>». Cette rédaction tendait à opérer une exacte superposition des champs des dispositions anti-contournement et du droit d'auteur, en tenant compte de ses exceptions et limitations <sup>42</sup>. Outre la question de la validité de la formule finalement retenue par rapport au traité OMPI <sup>43</sup>, la conception hypertrophique adoptée pose le problème du non-respect des exceptions.

**Bases de données.** Les frontières à tracer entre droit d'auteur sur une base de données et droit *sui generis* sont celles concernant les droits sur la base et les droits sur les éléments de la base.

<sup>39</sup> Voir S. DUSOLLIER, *op. cit.*, n° 205, p. 163.

<sup>40</sup> Article 6.3 de la proposition de directive dans sa version de 1999.

<sup>41</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (97) 628 final du 10/12/1997.

<sup>42</sup> Voir S. DUSOLLIER, *ibid.*, qui estime qu'il s'agissait d'une «terminologie ambiguë, mais qui avait le mérite de faire le lien entre champ technique et champ juridique».

<sup>43</sup> Le Traité évoque la protection des mesures techniques «qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits» (Article 11 du traité de l'OMPI du 20 décembre 1996).

La distinction entre contenant et contenu paraît en principe être claire et appeler une application distributive : la structure originale – le contenant – de la base est protégée par droit d'auteur, tandis que le contenu sera saisi par le droit *sui generis*. Pourtant, en pratique, la difficulté de définition de la notion de contenu semble insurmontable quant à la mise en œuvre du droit : « Les "éléments indépendants choisis" constituant à la fois le contenu de la base et l'œuvre protégée, il y a dans ce type de création, concours de droits sur un même objet : les éléments sélectionnés sont à la fois objets du droit d'auteur (au titre de l'œuvre de sélection) et objet du droit *sui generis* (au titre du contenu) <sup>44</sup> ». L'opération de distinction des objets devient dès lors impossible. Ce constat est encore plus manifeste à propos de la protection des éléments de la base.

Une fois encore, la distinction paraît nette *a priori* mais sa mise en œuvre délicate : « Par leur nature même, ces droits n'ont pas le même objet, le droit d'auteur appréhendant la forme, le droit *sui generis* du producteur s'appliquant à la substance même de l'information <sup>45</sup> ». Quant à mettre en œuvre cette distinction, la difficulté est réelle. L'objet n'est pas intellectuellement le même mais a vocation à se recouper en pratique <sup>46</sup>. Comme pour le cas des mesures techniques, il est possible de regretter la version origininaire du texte : l'article 2.5 de la version de 1992 de la directive prévoyait que le droit *sui generis* « ne s'appliqu(ait) pas au contenu d'une base de données composée d'œuvres déjà protégées par un droit d'auteur ou par un droit voisin <sup>47</sup> », ce qui avait pour mérite d'être clair. La version finale dispose dans une formule énigmatique que le droit *sui generis* offre une protection qui « s'applique *indépendamment* de la possibilité pour le contenu de cette base de données d'être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits. La protection des bases de données par le droit (*sui generis*) est *sans préjudice* des droits

<sup>44</sup> P. GAUDRAT, « La loi de transposition de la directive 96/9... », préc.

<sup>45</sup> M. VIVANT, et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 2007, n° 429.

<sup>46</sup> V. : A. LUCAS, « Aperçu rapide sur la directive 96/9CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *J.C.P.*, éd. G., 1996, 22, Actualités; comp. M. VIVANT, et al., *op. cit.*, n° 429; comp. encore, estimant que « ce que l'on protège par droit d'auteur et ce que l'on protège par droit *sui generis* est exactement la même chose. Il y a identité des protections sous deux noms différents. » : P. GAUDRAT, « Loi n° 98-536 du 1<sup>er</sup> juillet 1998... », préc., p. 86.

<sup>47</sup> Cité in A. LUCAS et P. SIRINELLI, « Droits des producteurs de bases de données », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2001, fasc.1650, n° 85.

existant sur leur contenu <sup>48</sup>». Sans plus de précisions, on ne peut que constater que l'éventualité de superposition est réelle, et il nous restera à analyser la manière dont elle peut être organisée.

## 2. Propriété industrielle

**Noms de domaine et principe de spécialité.** La frontière à tracer entre le nom de domaine et un autre signe distinctif revient à s'interroger sur l'existence ou l'absence de risque de confusion. Entre les signes eux-mêmes, il sera avéré en cas de reproduction ou imitation du signe. Surtout, la question se pose de la confusion du point de vue de l'activité, service ou produit désigné par le signe, autrement dit de l'application du principe de spécialité <sup>49</sup> au nom de domaine. Véritable « pierre de touche de la matière <sup>50</sup> », le principe peut être conçu de manière abstraite ou de manière concrète <sup>51</sup>. Conçue abstraitement, la spécialité du nom de domaine porterait sur la communication et serait donc la même pour tout nom de domaine. Adoptée un temps <sup>52</sup>, elle tend à être abandonnée en raison des solutions excessives que cela engendre : un nom de domaine pourrait être radié en l'absence de risque de confusion, ou réciproquement au rejet du caractère contrefaisant d'un nom de domaine vis-à-vis d'une marque alors qu'existe un risque de confusion. La définition concrète de la spécialité du nom de domaine est alors plus adéquate. Elle peut être quelque peu théorique lorsqu'on recherche une référence à l'activité de la société détentrice du nom, par exemple son objet social. Une recherche plus concrète encore nous semble préférable, en prenant pour référence le contenu effectif du site exploité <sup>53</sup>, ce

<sup>48</sup> Directive de 1996, précité, article 7.4 (nous soulignons).

<sup>49</sup> On peut le définir comme étant « le principe selon lequel la réservation d'un élément à titre de signe distinctif est limitée à la désignation d'un ou de plusieurs produits, services ou activités déterminés » (A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Litec/Ipi, 2004, p. 4, n° 7).

<sup>50</sup> *Ibid.*, n° 802. L'intérêt du principe a été dans un premier temps nié par la jurisprudence et les tribunaux arbitraux de l'OMPI.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 80 et s.

<sup>52</sup> Voir p. ex., Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI, Décision D.2000-0647, 31 août 2000, société Le Monde interactif c/M.Elphège Frémy; décision D.2000-0803, 5 oct. 2000, société Slumberland France c/société Dotcomway (<merinos.com >)

<sup>53</sup> Cass. com., 13 déc. 2005, Sté Soficar c. Sté Le tourisme moderne, *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 21, note C. CARON; *Prop. Int.*, 2006, 19, p. 128, note A. BOUVEL; *D.*, 2006, p. 63, obs. C. MANARA : « Un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public. »; Centre de médiation

qui permet la coexistence de plusieurs signes désignant des produits ou services distincts.

**Logiciel : brevet et «droit d'auteur».** Le premier protège la fonction technique, le second la forme. La difficulté à différencier forme et fonction est bien connue des spécialistes, à propos du droit des dessins et modèles qui ne protège pas l'apparence uniquement dictée par la fonction, à tel point qu'est souligné le «caractère très arbitraire» de la solution pour tel ou tel cas<sup>54</sup>. Le critère utilisé pour découvrir deux objets de droit distincts au sein d'un même objet économique est généralement celui de la multiplicité des formes<sup>55</sup> : forme et fonction sont considérées comme séparables si plusieurs formes sont à même de remplir une même fonction. Or on sait que la structure du logiciel est liée à la fonction qu'il exécute : c'est une «forme intégralement fonctionnelle»<sup>56</sup>. Dans l'hypothèse où plusieurs structures du logiciel pourraient remplir la même fonction technique, les objets juridiques doivent être différenciés. Dans le cas inverse, la forme est irréductiblement liée à la fonction et serait donc exclue de la protection par le droit d'auteur en raison de sa brevetabilité. Cela conduirait donc à refuser la protection légale du «droit d'auteur» au profit de la réservation *contra legem* par brevet... Recherche orthodoxie juridique désespérément...

Les domaines des propriétés intellectuelles sont naturellement en extension sous l'impulsion de l'émergence des créations informatiques : ce qui était leur enveloppe devient leur intérieur. Les frontières internes sont complexifiées et brouillées, les tentatives de distinction sont souvent vaines. Face à ces «entassements» qui subsistent, il faut leur rechercher une organisation.

et d'arbitrage de l'OMPI, 27 tévr. 2001, *Société Groupe Danone SA contre Société B & D* (Business & Decision), décision n° D 2000-1801, [www.wipo.int](http://www.wipo.int). Mais au niveau de la procédure UDRP, aucune tendance majoritaire ne semble encore se dégager.

<sup>54</sup> A. BERTRAND-DOULAT, «Les dessins et modèles» in M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 63; v. aussi J. AZÉMA et J.-C. GALLOW, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2006, nos 1117 et s.

<sup>55</sup> Le critère a été abandonné par la Cour de cassation française [Cass. com. 20 octobre 1998, *P.I.B.D.*, 1999, III, p. 51], mais le Règlement communautaire sur les dessins et modèles semble l'avoir réintroduit. Sur la question, la lumière viendra de la Cour de justice des Communautés européennes (en ce sens : J. AZÉMA et J.-C. GALLOW, *op. cit.*, n° 118, p. 634).

<sup>56</sup> P. GAUDRAT, «La protection des logiciels par le droit d'auteur : Bilan et perspectives», *R.I.D.A.*, oct. 1988, 138, p. 77, n° 19 et n° 22.

## II. ORGANISATION DES CUMULS

Les diverses situations de cumuls que nous avons pu identifier recèlent des situations de conflit : lorsque deux droits sont simultanément applicables à une même situation juridique, la mise en œuvre de règles divergentes équivaut à une contradiction intrinsèque. Or, l'idée d'ordre – ou de système – juridique exclut par principe toute contradiction, puisqu'elle implique de concevoir le droit dans sa cohérence<sup>57</sup>. Et même à se représenter le droit comme un «bric-à-brac», une telle antinomie ne peut satisfaire s'agissant de droits exclusifs, particulièrement lorsque les droits en cause ont des titulaires distincts.

Les points de contacts entre droits de propriété intellectuelle nécessitent donc un traitement spécifique qui consiste en un rangement<sup>58</sup> des catégories concernées revenant globalement à découvrir si celles-ci sont par nature hiérarchisées et quel sera le critère de hiérarchie<sup>59</sup>. Cette mise en valeur de l'existence d'un principe hiérarchique (A) ne peut recouvrir l'ensemble des situations possibles et il faudra examiner la manière dont les cumuls peuvent être organisés en l'absence d'un tel principe (B).

### A. EXISTENCE D'UN PRINCIPE HIÉRARCHIQUE

Parmi les nombreux critères de rangement des règles de droit connus des juristes, deux sont particulièrement mis en œuvre à propos des droits de propriété intellectuelle dans leur application aux créations informatiques. Il s'agit du critère d'antériorité (1) et du critère de hiérarchie au sens premier, c'est-à-dire prenant en compte l'éventuelle subordination d'une catégorie à une autre (2).

<sup>57</sup> F. MACREZ, thèse préc., *passim* (spéc., sur le «paradigme systémique», nos 11 et s., et les réf. citées; nos 280 et s. à propos du rapport entre cohérence et articulation des droits).

<sup>58</sup> «Le mot rangement désigne l'opération consistant à affecter [aux] objets [d'un univers] un rang, en fonction d'une relation d'ordre.» : M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 79.

<sup>59</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001 (1986), p. 280, et p. 323, n° 244 (à propos de l'opération de hiérarchisation comme moyen de résoudre les antinomies); P. MALAURIE, «Les antinomies des règles et de leurs fondements» in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Dalloz, 2001, p. 25.

## 1. Critère d'antériorité

**Noms de domaine et marques.** La règle de l'antériorité est classique en droit de la propriété industrielle. Elle ne pose guère de problème dans son application aux conflits entre noms de domaine et marques. Que ce soit devant une juridiction étatique ou lors d'une procédure *ad hoc* comme celle du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, le nom de domaine sera en effet radié ou transféré s'il est établi qu'il porte atteinte à une marque préexistante<sup>60</sup>. Dans la situation inverse du nom de domaine antérieur à la marque, il ne fait pas de doute que celui-ci, devant être analysé comme signe distinctif à part entière, puisse être considéré comme un « droit antérieur » empêchant l'adoption d'un signe identique ou similaire en tant que marque. Tout au plus faut-il relever qu'en l'absence d'examen préalable de la disponibilité du signe, les situations de conflit sont extrêmement nombreuses<sup>61</sup>, même si certains Registres nationaux se livrent à un examen préalable sommaire, n'équivalant pas à une véritable recherche d'antériorité<sup>62</sup>, en exigeant la production de certaines pièces officielles.

**Logiciel : brevet et divulgation.** Le critère d'antériorité joue également tout son rôle en droit des brevets, l'invention brevetable devant notamment remplir la condition de nouveauté. Une autre condition de la brevetabilité est celle de description suffisante de l'invention, permettant une recherche d'antériorité efficace, directement liée à l'exigence de nouveauté. Or les brevets délivrés sur des programmes d'ordinateur semblent rarement répondre à cette exigence<sup>63</sup>. La publication du code source du logiciel est une faculté permise par les textes exceptionnellement exercée par les déposants. Pourtant, reven-

<sup>60</sup> Voir p.ex. pour la zone européenne : article 22 du Règlement n° 874/2004 du 28 avril 2004, établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau et les principes applicables en matière d'enregistrement, *J.O.U.E.*, n° L162, 30 avr. 2004, p. 40; A. BOUVEL, « Marques et noms de domaines », *J.-Cl. MARQUES*, 2005, fasc. 7519, spéc. nos 39 et s.

<sup>61</sup> C'est en effet au demandeur qu'il appartient de vérifier que le nom est libre de tout droit de propriété intellectuelle éventuellement détenu par un tiers.

<sup>62</sup> A. BOUVEL, « Marques et noms de domaines », préc., n°14 : les pièces justificatives « n'équivalent pas pour autant à une recherche d'antériorités : il suffit par exemple que le signe figurant sur le justificatif fourni par le déposant soit attentatoire à un droit antérieur pour que le nom de domaine, une fois enregistré, porte lui aussi atteinte à ce droit antérieur. »

<sup>63</sup> Voir p. ex. : B. CAILLAUD, « La propriété intellectuelle sur les logiciels » in *Propriété intellectuelle, Conseil d'analyse économique*, La documentation française, 2003, p. 113, p. 124 : « le descriptif d'un brevet ne porte souvent que sur des généralités qui permettent à un spécialiste de comprendre ce que fait le programme, mais pas d'en réaliser techniquement une imitation, ni d'analyser finement le périmètre de la protection. »

diquer un logiciel comme produit, et non plus simplement comme procédé, devrait impliquer fort logiquement une divulgation du code source au titre de la description<sup>64</sup> : «Le code source du programme est [...] même la seule manière non ambiguë de révéler la solution apportée»<sup>65</sup>. Dès lors, c'est en réalité une autre sorte de cumul qui est pratiquée ici : celui du brevet et du secret, alors que ce dernier est en principe subordonné à l'inexistence du premier.

## 2. Critère de subordination

**Logiciel : le brevet évince le droit d'auteur?** La conception d'une hiérarchie de principe entre brevet et droit d'auteur est évidemment à proscrire. Pourtant il est des situations où les deux régimes juridiques sont susceptibles de s'appliquer concurremment sur le même objet. Le monopole couvert par le brevet s'étend à tous les moyens équivalents pour mettre en œuvre une fonction technique. Or en ce qui concerne un logiciel, il s'agira d'une écriture informatique éventuellement protégée par «droit d'auteur». L'ensemble des codes logiciels permettant de réaliser une fonction donnée seraient donc couverts par le brevet : la protection légale par «droit d'auteur» n'aurait finalement plus aucune utilité<sup>66</sup>. Si ce n'est par principe, au moins dans les faits, le «droit d'auteur» est hiérarchiquement inférieur au droit de brevet. On ne peut que regretter une telle situation, qui n'a jamais été conçue ni en doctrine ni par le législateur. Peut-être faudrait-il requalifier les dispositions spécifiques au logiciel en «droit voisin du brevet d'invention<sup>67</sup>», l'appellation «droit voisin» pouvant laisser supposer un tel rapport de hiérarchie. Mais il faudrait en tirer les conséquences en termes de codification.

**Mesures techniques et exceptions : absence de hiérarchie.** L'affirmation concomitante par le législateur des dispositions anti-contournement des mesures techniques et du maintien des exceptions au droit d'auteur ne permet pas de faire prévaloir les unes ou les autres : il

<sup>64</sup> M. VIVANT et J.-M. BRUGIÈRE, «Réinventer l'invention?», *Propriétés Intellectuelles*, 2003, 8, p. 286.

<sup>65</sup> Nous traduisons : «The programme code is [...] even the only unambiguous revealing of the solution of the task.» S. KIESEWETTER-KÖBINGER, «On the Patent Examination of Programs for Computers», 2 nov. 2000, [www.ffii.org](http://www.ffii.org). Précisons que cet auteur est examinateur à l'Office allemand des brevets.

<sup>66</sup> V.-C. LE STANC, «Droit d'auteur et droit de brevet sur logiciel : conséquences», *Prop. ind.*, 2003, 1, chron., p. 15, note infrapaginale n° 90, p. 16 : «L'œuvre logicielle incorpor[e] nécessairement les moyens de [...] l'invention, et en étant donc dépendant.»

<sup>67</sup> J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *op. cit.*

ne s'est pas prononcé sur leur caractère facultatif ou impératif<sup>68</sup>. Tout au plus a-t-il, par pétition de principe, affirmé que les « exceptions ou limitations » devaient être maintenues : « Les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national [...] puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations [...] »<sup>69</sup>. Ainsi, un droit propre à remettre en cause les exceptions est consacré en même temps que l'affirmation selon laquelle ce droit ne doit pas les remettre en cause... Et aucune règle de fond n'est énoncée pour régler une telle antinomie, si ce n'est de rechercher *a posteriori* une conciliation.

**Bases de données : un droit voisin.** Le droit *sui generis* sur les bases de données est-il dans une situation de hiérarchie équivalente au droit d'auteur ? La directive de 1996 semble répondre par la négative au détriment du droit du producteur en affirmant qu'il s'exerce « sans préjudice » du droit d'auteur pouvant porter sur le contenant ou le contenu de la base<sup>70</sup>. De plus, malgré la codification française dans un Titre spécifique du Code, il ne semble pas trop audacieux de qualifier ce droit spécifique de droit voisin, comme le fait une majorité de la doctrine<sup>71</sup> : un « droit voisin qui ne dit pas

<sup>68</sup> En ce sens, S. DUSOLLIER, *op. cit.*, n° 649 : « Les dispositions de la directive ne reconnaissent pas expressément un caractère impératif aux exceptions. Mais elles ne tranchent pas en faveur de leur statut suppléif. [...] En définitive, [...] loin d'être un oubli, la négligence de la directive à trancher le statut des exceptions relève de la prudence. Le législateur communautaire a préféré déléguer aux lois nationales le soin de résoudre la question ».

<sup>69</sup> Article 6.4. de la directive « société de l'information » précitée.

<sup>70</sup> Voir le considérant 18 de la directive : « considérant que la présente directive est sans préjudice de la liberté des auteurs de décider si, ou de quelle manière, ils permettent l'inclusion de leurs œuvres dans une base de données, notamment si l'autorisation donnée est de caractère exclusif ou non ; que la protection des bases de données par le droit *sui generis* est sans préjudice des droits existant sur leur contenu et que, notamment, lorsqu'un auteur ou un titulaire de droit voisin autorise l'insertion de certaines de ses œuvres ou de ses prestations dans une base de données en exécution d'un contrat de licence non exclusive, un tiers peut exploiter ces œuvres ou ces prestations moyennant l'autorisation requise de l'auteur ou du titulaire de droits voisins sans se voir opposer le droit *sui generis* du fabricant de la base de données, à condition que ces œuvres ou prestations ne soient ni extraites de la base de données ni réutilisées à partir de celle-ci ».

<sup>71</sup> B. EDELMAN, *Les bases de données ou le triomphe des droits voisins*, Dalloz, 2000, chron., p. 89 : « Il ne fait donc aucun doute que, dorénavant, le « producteur » des bases de données *sui generis* est titulaire de droits voisins, étant observé que cette qualification a été facilitée par la transformation sémantique de « fabricant » – terme utilisé par la directive – en « producteur » » ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2006, n° 993, p. 702 : « Le droit, destiné à rentabiliser l'investissement d'un producteur, participe bien de la nature d'un droit voisin [...] » ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* ; contra : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1692, p. 981.



son nom<sup>72</sup>». En cas de conflit, la balance devrait donc pencher en faveur du droit d'auteur<sup>73</sup>.

La résolution des conflits nécessite un critère de rangement, et certains peuvent être utilement mis en œuvre. Néanmoins, toutes les situations ne sont pas réglées : comment organiser les monopoles en l'absence d'un tel critère?

## B. ABSENCE D'UN PRINCIPE HIÉRARCHIQUE

Dès lors qu'aucun critère n'est applicable à une situation donnée, deux attitudes sont concevables. Le constat peut tout d'abord conduire à rechercher à distinguer à nouveau les objets de droit, puisqu'aucune discrimination n'est possible (1). La solution la plus simple en pratique sera sans doute d'éviter le conflit par une organisation contractuelle adéquate (2).

### 1. Retour sur la distinction

**Mesures techniques.** Devant la difficulté insurmontable tenant à l'absence de critère hiérarchique entre mesures techniques et exceptions, le choix est fait de rechercher une conciliation entre les deux dispositifs juridiques, laquelle devrait conduire à une réduction du champ de chacun et par conséquent à une nouvelle frontière des exceptions. D'une part, le domaine des mesures techniques est amené à se réduire de manière spontanée par des « mesures volontaires prises par les titulaires de droits<sup>74</sup> ». À défaut, une conciliation peut être recherchée sous la houlette de l'autorité de régulation créée en France, laquelle peut en cas d'échec prendre des mesures coercitives (injonction et astreinte). La loi française a, d'autre part, précisé que s'agissant de la copie privée, les mesures techniques pouvaient limiter le nombre de copies<sup>75</sup>, cette limitation pouvant, selon le Conseil constitutionnel, être réduite à une seule copie

<sup>72</sup> A. LUCAS, «Aperçu rapide...», art. préc.

<sup>73</sup> En ce sens : A. LUCAS, «Aperçu rapide...», préc.; Comp., concluant que «la question reste donc ouverte», notamment en raison du choix de transposer la directive de 1996 dans un Titre spécial : A. LUCAS et P. SIRINELLI, «Droits des producteurs de bases de données», préc., n° 86.

<sup>74</sup> Considérant n° 51 de la directive de 2001.

<sup>75</sup> Article L.331-9, al.1<sup>er</sup> CPI; v. aussi considérant n° 50 de la décision n° 2006-540 du Conseil constitutionnel : «l'article L.331-9 garantit aux titulaires de droits la possibilité de limiter, par ces mesures techniques de protection, le nombre de copies qu'ils veulent autoriser».

voire... aucune<sup>76</sup>! La nouvelle répartition ainsi opérée ressemble finalement, en tout cas pour la copie privée, à l'établissement d'un rapport hiérarchique qui n'ose s'avouer, en faveur des mesures techniques.

**Logiciel : brevet et droit d'auteur.** L'impossibilité de concevoir une hiérarchie entre brevet et droit d'auteur invite à revenir sur la possibilité de distinction de chaque champ de protection. La complémentarité des deux monopoles est en effet fréquemment mise en avant, pour défendre la prise de brevet sur des programmes d'ordinateur. Le «droit d'auteur» qui concernerait la forme verrait sa protection limitée aux reproductions serviles ou quasi serviles, tandis que le brevet apporterait une protection en amont, portant sur l'agencement général du programme<sup>77</sup>. La proposition serait satisfaisante si elle était praticable, mais nous avons vu que les difficultés étaient nombreuses eu égard aux principes gouvernant la matière<sup>78</sup>. Dès lors la répartition des champs de protection devrait se trouver, à notre avis, dans le marbre de la loi. Mais, outre que la proposition de directive sur les «inventions mises en œuvre par ordinateur» a été repoussée, le législateur communautaire paraît peu enclin à organiser expressément un cumul ou même à le prohiber clairement. Les formules restent en effet laconiques, pour ne pas dire confuses : le droit d'auteur sur le logiciel ne devait pas être «affecté» par les dispositions relatives au brevet<sup>79</sup>, c'est-à-dire qu'il faudrait prévoir une «application parallèle du droit d'auteur et du brevet<sup>80</sup>». Il faut souhaiter à tout le moins

<sup>76</sup> Considérant n° 37 de la décision du Conseil constitutionnel : «Les dispositions de la section intitulée «Mesures techniques de protection et d'information» [...] devront être entendues comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes».

<sup>77</sup> Voir p. ex. : D.S. KARJALA, «The relative roles of patent and copyright in the protection of computer programs», *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 1998, 17, p. 55 (nous traduisons : «The program copyright should protect only the literal code and mechanical or electronic translations of code. Higher level aspects of program structure and design should be considered patent subject matter and protectable under patent law if they meets stricter patent standards»).

<sup>78</sup> *Supra*, n° 14.

<sup>79</sup> Commission européenne, Proposition de directive concernant les inventions mises en œuvres par ordinateur, 2002, article 6; voir aussi le considérant n° 18.

<sup>80</sup> Communication de la Commission européenne, du 5 février 1999, au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social, Promouvoir l'innovation par le brevet — Les suites à donner au Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe, COM (1999) 42 final, non publié au *Journal officiel*, n° 3.2.2.

qu'une clarification du domaine de la brevetabilité en Europe comporte des règles d'organisation de la coexistence – cumul? – des deux piliers de la propriété intellectuelle.

En l'état actuel, des antinomies irréductibles subsistent. La raison de cette longévité dans la contradiction réside dans le fait que les conflits sont généralement évités : des règles divergentes peuvent très bien cohabiter si les droits concernés appartiennent à la même personne. Leur titularité joue donc un rôle majeur dans l'organisation des cumuls.

## 2. Organisation de la titularité

**La qualification.** Les méthodes de qualification propres au «droit commun» des propriétés intellectuelles ont leur rôle à jouer quant à l'attribution de la titularité des droits.

En droit d'auteur, les catégories d'œuvre collective ou d'œuvre de collaboration sont à même d'appréhender, au cas par cas, les créations multimédias ou les bases de données. L'une ou l'autre des qualifications se retrouve en jurisprudence au gré des espèces : le jeu vidéo sera tantôt considéré comme œuvre collective<sup>81</sup> tantôt comme œuvre de collaboration<sup>82</sup>; il en sera de même pour la base de données, les deux hypothèses ayant même été expressément mentionnées par la directive de 1996<sup>83</sup>. La démarche impose l'acceptation d'une certaine casuistique, qui est fort naturelle eu égard à la diversité des situations en cause.

En droit des brevets, c'est le principe d'unité d'invention qui est amené à jouer à propos des logiciels. Ce principe consiste à n'accepter qu'une demande formant un seul «concept inventif général<sup>84</sup>», c'est-à-dire à refuser la demande de brevet complexe. Le principe ne nous paraît pas poser de difficulté particulière quant

<sup>81</sup> CA Versailles, 18 nov. 1999, *Urban Runner*, Dalloz, 2000, som. com., 207, obs. T. HASSLER et V. LAPP; *Com. com. électr.*, 2000, févr. 2000, n° 16, p. 13, obs. C. CARON. V., rejetant la qualification : CA Paris, 2 avr. 2004, *Cryo Interactive Entertainment, Sophie R.c./Canal+ Finance et autres* : «Un jeu multimédia ne constitue pas une œuvre collective lorsque les contributions des différents auteurs peuvent être individualisées».

<sup>82</sup> TGI Paris, 8 sept. 1998, *R.I.D.A.*, juill. 1999, p. 318, obs. KÉRÉVER; confirmé par : CA Paris, 28 avril 2000, *P.I.B.D.*, 2001, 714, III, 89.

<sup>83</sup> Directive précitée, article 4.2 : «Lorsque les œuvres collectives sont reconnues par la législation d'un État membre, les droits patrimoniaux sont détenus par la personne investie du droit d'auteur.» Et article 4.3 : «Lorsqu'une base de données est créée en commun par plusieurs personnes physiques, les droits exclusifs sont détenus en commun par ces personnes.»

<sup>84</sup> Voir J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies techniques, 1984, n° 680, et les références citées.

à son application au logiciel. Sa conséquence est inhérente à sa sanction d'obligation de diviser les demandes de brevet : l'augmentation du nombre de titres délivrés. Le phénomène est naturel puisque la technique informatique est complexe par nature. La brevetabilité du programme d'ordinateur «nu» impliquerait une forte augmentation du nombre de brevets déposés sur des «briques» logicielles. Dans cette optique, le cumul concernerait un grand nombre de brevets pour un même logiciel, objet économique. La situation n'est pas problématique puisqu'il s'agit toujours de brevets, au régime juridique identique. Mais cela implique une attention particulière à porter aux dispositifs contractuels à élaborer.

**Le contrat.** L'organisation contractuelle des titularités revêt une importance particulière dans le domaine informatique. Complémentaire aux dispositifs législatifs, le contrat fait également figure de palliatif aux contradictions dont ils sont porteurs : les antinomies inhérentes aux lacunes de la loi peuvent n'être jamais révélées du fait que les différents monopoles figurent sur la tête d'une seule et même personne. Tout au plus la multiplication du nombre de brevets sous l'impulsion de la brevetabilité du logiciel peut-elle rendre la gestion contractuelle particulièrement importante, puisque désormais on ne raisonne plus à proprement parler en termes de brevet, mais de *portefeuille de brevet*. Les créations complexes, multimédias ou bases de données, nécessitent également d'importants appareils contractuels, dont la complexité est naturelle. Leur rôle et leur étude ne sont pas à négliger, tant la pratique contractuelle peut constituer un substitut à l'élaboration d'une nouvelle loi spécifique<sup>85</sup>.

Sans doute le cumul véritable, au sens strict de superposition de droits sur un même objet juridique, réside-t-il dans ces situations où la contradiction n'est pas appelée à se faire jour. Il reste que, de manière générale, ces situations de «suroccupation»<sup>86</sup> sont à éviter. Porteuses de complications inutiles, elles sont véritablement superflues si l'on veut bien concevoir qu'un droit exclusif efficient est suffisant à la protection d'une création donnée.

<sup>85</sup> Voir p.ex. les notes du SNE et du Sell annexées au Rapport du CSPLA sur les œuvres multimédias (CSPLA, V.-L. BENABOU, J. MARTIN et H. OLIVIER, «Le régime juridique des œuvres multimédias : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs», *La documentation française*, ministère de la Culture, 2005, p. 46).

<sup>86</sup> J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, art. préc.