

Le logiciel et le droit d'auteur : Réflexions comparatives

Ysolde Gendreau*

La décision de la Cour fédérale canadienne dans l'affaire *Apple Computers, Inc. c. Macintosh Computers Ltd* et celle de la Cour de cassation française dans l'arrêt *Pachot* portent toutes deux sur la protection des logiciels par les lois sur le droit d'auteur dans leur juridiction respective. L'auteur situe ces deux décisions dans la perspective plus large de l'opportunité d'inclure le logiciel dans le giron du droit d'auteur. Dans une première partie, l'auteur examine l'objet de protection en soulignant la controverse entourant la protection de chacun des éléments du logiciel (organigramme, code-objet et code-source). La deuxième partie de l'étude porte sur les critères objectif et subjectif de l'originalité, condition de cette protection, dans le contexte de l'opportunité de se servir du droit d'auteur pour réglementer les pratiques concurrentielles en matière de logiciel.

Both the decision of the Canadian Federal Court in *Apple Computers, Inc. v. Macintosh Computers Ltd* and that of the French Cour de Cassation in *Pachot* deal with the protection of computer programs by the copyright laws in their respective jurisdiction. The author examines these decisions in the broader context of the compatibility between copyright protection and computer software. The first part of this study focuses on the object of protection and the controversy surrounding the protection of each of the software elements (flowchart, source-code and object-code). In a second part, the author studies the objective and subjective criteria of originality, the criteria of copyright protection, with a view to reassessing the propriety of regulating software trade practices with copyright law.

*Membre du Barreau de Montréal.

Introduction

À en juger par les préoccupations législatives qu'il suscite de par le monde entier, le droit d'auteur est un domaine juridique en pleine effervescence. Pris d'assaut, de part et d'autre, par les besoins des temps modernes, il semble devenir la planche de salut des activités négligées ou inconnues des précédentes législations. Certains voient leurs vœux exaucés plus rapidement que d'autres : c'est ainsi qu'en 1985 la France s'est dotée d'une loi visant à « moderniser » sa loi sur le droit d'auteur.¹ Depuis longtemps, le Canada cherchait à modifier une législation sur le droit d'auteur qui ne correspondait plus aux réalités de la technologie moderne : études, rapports préliminaires, livres blancs et autres semblables apparaissaient et entretenaient aussi l'espoir d'une loi modificatrice.² Les vœux d'une partie des intéressés viennent d'être comblés avec le dépôt d'un projet de loi qui, sans effectuer une refonte de la loi, y apporte d'importantes modifications.³

L'absence de dispositions législatives régissant spécifiquement les nouvelles activités n'a toutefois pas empêché de rechercher des solutions dans le cadre du droit positif. Ainsi, la jurisprudence française d'avant la *Loi du juillet 1985*⁴ atteste l'élaboration d'un droit voisin pour les artistes-inter-

¹Loi no 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O. 4 juillet 1985, 7495, D.1957.Lég.102 [ci-après *Loi du 3 juillet 1985*]. Voir les présentations au Colloque de l'I.R.P.I. (Paris, 21 et 22 novembre 1985) publiés dans *Droit d'auteur et droits voisins : La loi du 3 juillet 1985*, Paris, Librairies Techniques, 1986 [ci-après *Droit d'auteur*]. Voir aussi A. Françon, *Chronique de législation* (1986) 39 R.T.D. comm. 90 ; B. Edelman, « Commentaire de la loi no 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins » A.L.D. 1986.Comm.15 ; T. Mollet-Vieville, « La loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins » *Gaz. Pal.* 1985.Doct.580 ; R. Plaisant, « La loi no 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle » J.C.P. 1986.I.3230 ; J.C. Ginsburg, « Reforms and Innovations Regarding Authors' and Performers' Rights in France : Commentary on the Law of July 3, 1985 » (1985) 10 *Columbia-VLA J. Law & Arts* 83.

²Voir Conseil Économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Ottawa, Information Canada, 1971 (Président : A.J.R. Smith) ; A.A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur : Propositions pour la révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977 ; Canada, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1984 ; Canada, Chambre des Communes, Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d'auteur, *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Hull, Qué., Approvisionnement et services Canada, 1985 (Président : G. Fontaine).

³PL. C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, 2e sess., 33e Lég., 1986-87 (1re lecture, 27 mai 1987).

⁴*Supra*, note 1.

prêtes.⁵ Les entreprises d'ordinateurs essaient, elles aussi, de s'accomoder des moyens qui sont mis à leur disposition. Le droit des brevets leur étant interdit comme moyen de protection des programmes d'ordinateur presque partout à travers le monde,⁶ c'est vers le droit d'auteur que les entreprises se tournent afin de suppléer au faible secours que leur accorde le droit commun.

Plusieurs causes sont portées devant les tribunaux. À moins de deux mois d'intervalle, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française et la division de première instance de la Cour fédérale du Canada se prononcent en faveur de la protection des logiciels par le droit d'auteur dans des jugements d'importance pour leurs juridictions propres.

L'affaire *Pachot*⁷ du 7 mars 1986 se distingue, entre autres, par son aspect chronologique. Les faits y ayant donné naissance remontent à l'année 1978, époque à laquelle la législation ne prévoyait pas de solution spécifique pour les logiciels, mais le jugement de la Cour de cassation est émis après l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Loi du 3 juillet 1985*. Pachot, comptable chez B.M.W., avait créé un programme par ses propres moyens. Ayant refusé de le remettre à son employeur, celui-ci le congédiait. Le tribunal était appelé à se prononcer sur l'opportunité de la protection par le droit d'auteur d'un programme d'ordinateur et, le cas échéant, sur la titularité du droit afin de déterminer le bien-fondé du congédiement.

⁵Voir, pour des arrêts qui développent la notion de droit voisin, Cass. civ. 1re, 4 janvier 1964, D.1964.Jur.321 (note P. Pluyette); Cass. civ. 1re, 15 mars 1977, 93 R.I.D.A. 141 (note H. Desbois); Cass. civ. 1re, 25 janvier 1984, 121 R.I.D.A. 148 (note P. Masouyé).

Le droit voisin correspond au droit dont bénéficient les auxiliaires de la création artistique. À cause de leur participation dans la diffusion des oeuvres protégées par le droit d'auteur, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores ou visuels ont progressivement acquis un droit sur leur apport au processus, droit qualifié de droit voisin : voir H. Desbois, « Les droits dits 'voisins du droit d'auteur' » dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 249; D. Gaudel, « Les éternels excommuniés : La situation des artistes interprètes en France » 103 R.I.D.A. 93; R.W. Judge, « Protecting Performers' Performances in Light of the Canadian Charter of Rights for Creators » (1987) 13 C.P.R. (3d) 1.

⁶Ces interdictions vont de simples directives administratives à des prohibitions législatives, telle, en France, celle de la *Loi no 68-1 du 2 janvier 1968, tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention*, J.O. 1968, 13, D.1968.Lég.68.

⁷Cass. ass. plén., 7 mars 1986, D.1986.Jur.405 (note B. Edelman), J.C.P. 1986.II.20631 (note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant) [ci-après *Pachot* cité aux D.]. Voir les commentaires de A. Françon, *Chronique de jurisprudence* (1986) 39 R.T.D. comm. 397; A. Lucas, « La propriété des logiciels en France après la loi du 3 juillet 1985 et les arrêts de la Cour de cassation du 7 mars 1986 » dans E. Mackaay et F. Abran, éd., *Le logiciel : Propriété et contrats*, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1986, 313 [ci-après « La propriété des logiciels »]; A. Lucas, Note sous *Pachot*, 129 R.I.D.A. 136; C. Colombet, Note sous *Pachot*, D.1987.Somm.153.

Le jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Apple Computers, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd*⁸ n'en revêt pas moins d'importance dans le monde juridique canadien. C'est, en effet, le premier jugement au fond sur le sujet, les précédents ayant tous été rendus lors de procédures interlocutoires.⁹ Il s'agit ici d'une action en contrefaçon d'un programme d'ordinateur. Outre la question fondamentale de protection par le droit d'auteur, le tribunal avait à se prononcer sur la responsabilité des défendeurs en tant que personnes physiques et morales, ainsi que sur les recours appropriés dans les circonstances.

Les questions de titularité et de congédiement d'une part, et de responsabilité et de recours d'autre part, sont évidemment fort importantes dans le contexte des logiciels et soulèvent beaucoup de controverses. Les aborder ici risquerait cependant de nous entraîner vers une discussion où la juxtaposition des deux décisions n'aurait aucun intérêt. Il nous semble plus profitable de saisir l'occasion de leur coïncidence temporelle pour approfondir leur préoccupation commune : l'opportunité de la protection du logiciel par le droit d'auteur. Pour en arriver à leurs conclusions à ce sujet, les deux tribunaux ont dû prendre position sur l'objet exact de la protection recherchée (I) et affronter le même obstacle à cette protection, le critère de l'originalité (II).

I. Le logiciel : objet de protection

Quoique les deux arrêts traitent de protection des logiciels, encore faut-il s'entendre sur l'objet de celle-ci. Les lois française de 1957¹⁰ et canadienne de 1921¹¹ ne s'adressaient pas expressément aux programmes d'ordinateur. Il incombait donc aux tribunaux de définir l'élément qu'ils entendaient protéger par le droit d'auteur. Les contours qu'ils lui donneront ne pourront qu'influencer leur raisonnement quant à la légitimité de cette protection.

⁸(1986), 28 D.L.R. (4th) 178, 10 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1re inst.) [ci-après *Apple* cité aux D.L.R.]. Voir les commentaires de B. Eischen, *Case Comment on Apple Computer, Inc. v. Mackintosh* (1986) 3 Can. Computer L.R. 117 ; J. Kreindler, « Copyright Protection of Computer Programs Confirmed at Trial » (1986) 3 Bus. & L. 67 ; T.J. Sinnott, « Copyright in Operating System Software on Computer Chips : A Tale of Two Apples » (1987) 3 I.P.J. 1 ; J. Fraser Mann, « Comment on *Apple Computer v. Mackintosh Computers* » (1987) 32 R.D. McGill 437.

⁹Parmi les plus récents, notons *Spacefile Ltd c. Smart Computing Systems Ltd* (1983), 75 C.P.R. (2d) 281 (Ont. H.C.) ; *International Business Machines Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), [1985] 1 C.F. 190, 12 D.L.R. (4th) 351, 80 C.P.R. (2d) 187 (1re inst.) [ci-après *Spirales* cité aux C.F.] ; *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.* (1985), [1985] C.A. 236, 6 C.P.R. (3d) 299 [ci-après *Dynabec* cité aux C.A.].

¹⁰*Loi no 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, J.O. 14 mars 1957, 2723, D.1957.Lég.102 [ci-après *Loi du 11 mars 1957*].

¹¹*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, L.C. 1921, c. 24.

Le laconisme de la Cour de cassation oblige les juristes à déduire de ses énoncés des raisonnements qui ne reflètent pas toujours ceux du tribunal.¹² Cependant, on ne saurait se tromper en affirmant que, lorsqu'il s'agit d'objet de protection par le droit d'auteur, la Cour de cassation conçoit le logiciel comme un tout. Quoiqu'elle reconnaisse son aspect composé (organigramme, code-source et code-objet s'intègrent pour former le logiciel), elle ne cherche pas à en dissocier les éléments.¹³

Cette vision globale du logiciel répond aux incertitudes que la *Loi du 3 juillet 1985* avait continué de laisser planer. En effet, la loi n'offre aucune définition du logiciel et on se demandait lesquels de ses éléments seraient protégés.¹⁴ Certains auteurs excluaient d'emblée l'algorithme,¹⁵ alors que d'autres ont tardé même à joindre le code-objet au code-source.¹⁶ L'arrêt *Pachot* a mis fin à la controverse qui régnait en droit français en réunissant les trois composantes du logiciel en un seul objet de protection.

L'affaire *Apple* se présente autrement. Les défendeurs avaient concédé que le code-source était protégé en vertu des articles 2 et 4 de la *Loi sur le droit d'auteur*;¹⁷ la Cour n'était donc pas appelée à se prononcer sur ce sujet.¹⁸ Les demandeurs désiraient surtout que soit affirmée la protection du code-objet, élément d'un programme directement copié par les contre-facteurs. Mme le juge Reid décida qu'au sens de la loi, le code-objet était une traduction du code-source, prenant ainsi position dans le débat repro-

¹²Voir, à ce sujet, A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation » (1974) 72 R.T.D. civ. 487 ; C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé » J.C.P. 1984.I.3145.

¹³Voir *Pachot*, *supra*, note 7 à la p. 412 :

[A]ttendu [...] qu'il y a lieu de voir dans l'organigramme la composition du logiciel, et dans les instructions rédigées, quelle qu'en soit la forme de fixation, son expression, [...] que le programme d'ordinateur ne constitue pas une simple méthode, et que sa protection doit être examinée dans son ensemble [...]. »

¹⁴Voir J.-R. Bonneau, « La protection des logiciels » Gaz. Pal. 1985.Doct.503 à la p. 506 ; P. Gaudrat, « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique » 128 R.I.D.A. 181 à la p. 191 et s.

¹⁵Voir P. Guilguet et Y. Marcellin, « Le régime juridique de la protection du logiciel dans la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur » [1985] R.D.P.I. 6 à la p. 9.

¹⁶Comparer, en effet, A. Lucas, « Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels » J.C.P. 1982.I.3081, avec Lucas, « La propriété des logiciels », *supra*, note 7 à la p. 314.

¹⁷S.R.C. 1970, c. C-30.

¹⁸*Apple*, *supra*, note 8 à la p. 195.

duction/traduction.¹⁹ Un tel résultat confirme la prédiction selon laquelle « a finding that source code is protectible as a literary work may be the cornerstone of a trial decision ultimately holding object code to be protectible under the Act, even though object code may not necessarily be a 'work' in its own right. »²⁰

Ainsi, la jurisprudence s'accorde dans les deux pays à protéger le logiciel par le droit d'auteur, mais on ne l'y définit pas de la même manière.

Cependant, et la législation française de 1985 et le projet de loi canadien de 1987 conçoivent le logiciel comme un tout ; l'une le considère comme une oeuvre de l'esprit ;²¹ l'autre, comme une oeuvre littéraire.²² Malgré les décisions des tribunaux et les énoncés législatifs, il convient toujours de s'interroger sur l'applicabilité du droit d'auteur comme moyen de protection du logiciel. La mission du droit d'auteur étant de protéger l'expression des idées, et non les idées mêmes, il est bon de vérifier jusqu'à quel point l'idée qui sous-tend le logiciel ne risque pas d'être appropriée par le détenteur du droit d'auteur. À cet effet, l'approche globale et l'approche fragmentaire offrent des points de vue d'analyse différents quoique complémentaires.

L'approche globale fait porter nos interrogations vers le point de départ du logiciel, l'organigramme. La plupart des auteurs, et même ceux qui étaient favorables à la protection du logiciel par le droit d'auteur,²³ excluaient d'emblée l'organigramme de l'objet de protection.²⁴ La décision de la Cour de cassation qui étend le droit d'auteur à l'organigramme oblige toutefois à « reconnaître que l'on accorde par ce biais une certaine protection aux idées

¹⁹*Ibid.* à la p. 198. Le code-objet représente ainsi la « traduction » du code-source, et non sa « reproduction » en un autre médium. Dans *Spirales*, *supra*, note 9, on avait adhéré à la théorie de la reproduction, alors que dans *Dynabec*, *supra*, note 9, de même que dans la majorité de la doctrine, on optait pour la théorie de la traduction : voir G. Dworkin, « The Nature of Computer Programs » dans J. Lahore, G. Dworkin et Y.M. Smyth, éd., *Information Technology : The Challenge to Copyright*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, 89 à la p. 98 ; M. Kratz, « The Creator and the Benefits of Creation : Protection of Software in the Information Revolution » (1984-85) 9 *Dalhousie L.J.* 555 à la p. 597 ; F. Schanfield Freedman et B. Winters, « Copyright Goes Computer : A Case Law Survey of Recent Developments in Canada » (1985) 45 *R. du B.* 316 ; E. Mackaay, « La reproduction par la mise en mémoire sur ordinateur en droit canadien » (1986) 46 *R. du B.* 759 à la p. 763.

²⁰B.R. Wiggs, « Canadian Copyright Protection for Computer Software — Recent Developments » (1984-85) 1 *I.P.J.* 137 aux pp. 142-43.

²¹*Loi du 3 juillet 1985*, *supra*, note 1, art. 1.

²²PL.C.-60, *supra*, note 3, art. 1(2). La rédaction de la définition du programme d'ordinateur, art. 1(3), repose sur une conception globale du logiciel.

²³Voir J. Huet, « Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur » D.1985.Chron.261, no 1.

²⁴Voir Guilguet et Marcellin, *supra*, note 15 à la p. 9 ; Lucas, « Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels », *supra*, note 16 à la p. 1.

car la frontière entre ce qui ressort de la méthode et ce qui ressort de la composition apparaît tout à fait ténue au niveau de l'organigramme. »²⁵

Il nous semble, en effet, que la protection de l'organigramme permet de s'approprier le « saut créatif » qui rend un programme plus intéressant que les autres, alors qu'il n'est pas de la nature du droit d'auteur de défendre un tel intérêt.²⁶

L'approche fragmentaire a favorisé l'étude du code-objet et, partant, de la matérialisation de l'idée. Or, les étapes finales de formulation de l'idée se font de plus en plus par des machines ;²⁷ d'ailleurs, Mme le juge Reid avait observé que le code-objet en litige dans l'affaire *Apple* était le fruit d'une traduction mécanique et non humaine.²⁸ Qui plus est, « les impératifs techniques et utilitaires du logiciel exigent d'éliminer de la forme tout ce qui n'est pas indispensable à l'objectivation de l'idée. »²⁹ Par conséquent, le fond dicte la forme ultime de manière de plus en plus automatique.

Le désir de protéger le code-objet semble venir d'une tendance fallacieuse du langage informatique. Le tandem code-source/code-objet mène naturellement à envisager l'un comme le revers de l'autre. Il nous semble que le code-objet devrait plutôt être envisagé comme le procédé de matérialisation du code-source, de la même manière que les sillons d'un disque sont celui de la musique. Tout comme il ne s'attache qu'à l'oeuvre musicale véhiculée par le disque, le droit d'auteur, à défaut de mécanisme juridique plus approprié, ne devrait s'étendre qu'au code-source. La protection du procédé devrait plutôt être envisagée, à l'instar des activités des producteurs de phonogrammes, sous l'angle des droits voisins, en l'occurrence un droit voisin de celui de l'auteur du code-source.³⁰ Le piratage d'un disque vise surtout l'oeuvre qu'il concrétise, et accessoirement le procédé technique qui peut varier d'un disque à l'autre. Le piratage d'un logiciel vise principalement la logique qui sous-tend le programme, car celle-ci en représente l'attribut essentiel. Soit, pour être utile, le programme doit être transformé en code-objet ; comme un enregistrement sonore, il doit prendre une forme matérielle quelconque. Mais parle-t-on, lorsqu'elle est enregistrée sur un disque ou une bande magnétique, d'une matérialité distincte de la musique

²⁵F. Toubol, *Le logiciel : Analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 1986 à la p. 68.

²⁶Kratz, *supra*, note 19 à la p. 621.

²⁷Voir A. Lucas, « Propriété littéraire et artistique. Exercice des droits des auteurs. Oeuvres protégées : logiciel », *Juris-Classeur Civil*, Annexes III, Fasc. 303-1 à la p. 3, no 7.

²⁸*Apple*, *supra*, note 8 à la p. 187.

²⁹Gaudrat, *supra*, note 14 à la p. 199.

³⁰L'art. 21 de la *Loi du 3 juillet 1985*, *supra*, note 1, confère un droit voisin aux producteurs de phonogrammes français, alors que l'industrie canadienne s'est fait retirer le sien en 1971 : voir, à ce sujet, J.R. Alleyn, « The Phonographic Industry Deprived of Its Performing Right in Canada » (1972) 6 C.P.R. (2d) 258.

qui devrait faire l'objet d'un droit *d'auteur* indépendant pour le compositeur ? Malgré la tendance qui se dessine à ne pas séparer le code-objet du code-source, il nous semblerait plus conforme à la nature du droit d'auteur et à la technologie de l'informatique de ne pas chercher à faire protéger le code-objet par le droit d'auteur.

II. L'originalité : condition de protection

L'originalité d'une oeuvre est un des critères qui permet de déterminer si celle-ci peut bénéficier de la protection du droit d'auteur. En France, l'originalité est une notion d'origine jurisprudentielle,³¹ alors qu'elle dérive du texte même de la loi en droit canadien.³² Dans les décisions *Pachot* et *Apple*, les deux instances judiciaires ont eu à se prononcer sur l'aptitude du logiciel à remplir cette condition de protection.

Malgré leurs formulations différentes, il est frappant de constater la similitude de pensée des deux tribunaux. La Cour de cassation s'exprimait en les termes suivants :

Attendu [...] qu'ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par M. Pachot étaient originaux les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en oeuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée [...].³³

Quant à Mme le juge Reid, elle s'expliquait ainsi :

There is no doubt that the creation of a computer program requires a great deal of time, effort, and ingenuity. [...]

There is no doubt that computer programs are highly individualistic in nature and contain a form of expression personal to the individual programmer. No two programmers would ever write a program in exactly the same way (except perhaps in the case of the most simple program).³⁴

Compte tenu du fait que les propos de Mme le juge Reid se trouvent après un exemple de code-source et que la Cour a reconnu que le code-objet n'avait été qu'une traduction mécanique, il nous semble justifié d'en déduire que ces commentaires ne visent pas le code-objet, mais plutôt le code-source.³⁵ De plus, rien n'indique dans le jugement que la traduction du code-source

³¹Voir J. Huet et A. Lucas, « La protection des logiciels » dans *Droit d'auteur, supra*, note 1, 23 à la p. 28. Cependant, l'art. 5 de la *Loi du 11 mars 1957, supra*, note 10, impose spécifiquement la condition d'originalité aux titres.

³²*Loi sur le droit d'auteur, supra*, note 17, art. 4.

³³*Pachot, supra*, note 7 à la p. 412

³⁴*Apple, supra*, note 8 à la p. 184.

³⁵Voir Sinnott, *supra*, note 8 à la p. 32.

en code-objet ait produit une oeuvre qui soit originale en soi.³⁶ Les deux jugements traitent donc communément de l'originalité du code-source, auquel la Cour de cassation ajoute celle de l'organigramme.

Avec l'introduction du logiciel dans le giron du droit d'auteur, on assiste, tant en droit civil qu'en *common law*, à une certaine renaissance de la notion d'originalité.³⁷ Afin de comprendre ce phénomène, il est nécessaire de connaître la portée de ce concept dans les deux traditions juridiques.

En droit français, la conception classique de l'originalité s'oppose à la notion objective de nouveauté du droit des brevets.³⁸ À cause de la nature diverse des oeuvres que le droit d'auteur protège, l'originalité est un critère fluctuant : une oeuvre musicale ne sera pas évaluée de la même manière qu'une oeuvre littéraire ou artistique, de même qu'une oeuvre dérivée, tel un film inspiré d'un roman, sera jugée différemment de l'oeuvre originelle. De plus, les oeuvres techniques ou scientifiques sont plus difficilement appréciables. Ce qui est toutefois recherché dans chacune des oeuvres, c'est l'empreinte de la personnalité de l'auteur qui démontrerait un travail intellectuel personnalisé.³⁹ L'effort intellectuel seul n'est pas suffisant.⁴⁰ Cette recherche de l'empreinte personnelle de l'auteur souligne le subjectivisme du critère d'originalité. Depuis quelque temps, un mouvement se dessine qui voudrait minimiser l'impact du subjectivisme. On considère que la condition d'originalité « devrait être satisfaite en présence d'un investissement financier et d'un travail véritable, car l'oeuvre portera l'empreinte de la personnalité de son auteur »,⁴¹ et que « l'important est que la paternité de l'oeuvre contrefaite soit incontestable [...] ». ⁴² Cette conception de l'originalité ressemble à l'objectivisme quasi-mathématique de la nouveauté du droit des brevets, et ce ne peut être un hasard que ces opinions à tendance objectiviste coïncident avec l'arrivée du logiciel dans le droit d'auteur. Cependant, que l'on ait une conception subjective ou objective de l'originalité,

³⁶Afin d'être protégée, la traduction doit, elle aussi, faire montre du statut d'oeuvre littéraire originale : voir Schanfield Freedman et Winters, *supra*, note 19 à la p. 325 ; J. Fraser Mann, « Copyright Law and Computer Programs : A Review of Recent Developments » (1985) 2 Can. Computer L.R. 79 à la p. 83. Voir aussi Sinnott, *ibid.* à la p. 33.

³⁷Voir Plaisant, *supra*, note 1, no 108.

³⁸Voir H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1978 à la p. 5 et s. ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1986 à la p. 36 et s.

³⁹Voir C. Le Stanc, « Copyright Protection of Computer Software in Civil Law Countries » dans L. Perry et H. Brett, éd., *The Legal Protection of Computer Software*, Oxford, ESC, 1981, 92 à la p. 112.

⁴⁰A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris, Librairies Techniques, 1975, no 306.

⁴¹J. Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique : Aspects de droit privé » J.C.P. 1983.I.3095, no 14.

⁴²Huet, *supra*, note 23 à la p. 263.

il semble bien que « la protection au titre du droit d'auteur consacre pour sa part moins un résultat qu'une démarche intellectuelle, une conception littéraire ou artistique, qui a présidé à la naissance de l'oeuvre de l'esprit. »⁴³

C'est bien cette démarche intellectuelle que l'on tente de caractériser et la tradition civiliste, en lui donnant mission d'originalité, y a toujours recherché l'impression personnelle.

L'objectivisme de l'originalité est davantage l'apanage du *copyright* anglo-saxon. Condition de protection des lois britannique et canadienne, l'originalité a été définie ainsi :

The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work — that it should originate from the author.⁴⁴

Cette interprétation a été unanimement reprise par la jurisprudence et par les auteurs qui y voient la nécessité de constater un minimum de travail personnel de la part de l'auteur.⁴⁵ Un auteur ajoute que l'oeuvre doit aussi être le fruit de l'« expression of this thoughts ». ⁴⁶ Sans se rendre jusqu'à rechercher l'empreinte de la personnalité, la *common law* semble se glisser lentement vers une prise en considération de l'individualité. Pareil rapprochement reflète, d'ailleurs, une tendance mutuelle au sein des deux systèmes juridiques à converger vers des solutions identiques.

En effet, il est frappant de constater que, en dépit de conceptions traditionnellement différentes, la Cour de cassation et la Cour fédérale aient évalué l'originalité des logiciels semblablement : la liberté du programmeur de faire des choix conditionne l'originalité. Seul, ce critère ne saurait suffire, car il ne démontre pas, en soi, en quoi un logiciel particulier est original.⁴⁷ C'est pourquoi la Cour de cassation y a ajouté la nécessité d'un effort personnalisé qui se traduirait par une structure individualisée. On retrouve

⁴³C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981 à la p. 140.

⁴⁴*University of London Press Ltd c. University Tutorial Press Ltd* (1916), [1916] 2 Ch. 601 aux pp. 608-9. Cette conception de l'originalité a primé dans *Dynabec*, *supra*, note 9 à la p. 240 : « Il ne fait aucun doute que ce texte est une oeuvre originale au sens de la loi, c'est-à-dire qu'il n'est pas copié sur un autre texte. »

⁴⁵Voir E.P. Skone James, J.F. Mummery et J.E. Rayner James, éd., *Copinger and Skone James on Copyright*, 12e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1980 à la p. 37 et s. ; Dworkin, *supra*, note 19 à la p. 95 ; H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright*, Toronto, University of Toronto Press, 1944 à la p. 33 et s. ; P. Chenard et M. Paquette, « Le droit d'auteur face à l'ordinateur » (1980-81) 1(3) Rev. can. droit d'auteur 4 à la p. 9 ; O. Levenberg, « Copyright Law Protection of Computer Software in Canada » (1984-85) 1 Can. Intell. Prop. Rev. 69 à la p. 73 ; H.P. Knopf, « Computer Program and Semiconductor Chip Protection : Canadian Government Options » (1985-86) 2 Can. Intell. Prop. Rev. 187 à la p. 190.

⁴⁶Kratz, *supra*, note 19 à la p. 591.

⁴⁷Gaudrat, *supra*, note 14 à la p. 213.

dans le jugement *Apple* les mêmes considérations d'expression et d'effort personnels.

Or, dans le contexte du logiciel, l'entremêlement des notions de choix et de personnalité laisse perplexe. Un ouvrage informatique saurait-il traduire l'essence humaine ? Les choix qu'est appelé à faire un programmeur « sont insusceptibles de traduire une personnalité, car ils portent sur des éléments trop neutres, trop peu susceptibles d'adaptation ou de nuances pour révéler un tempérament. »⁴⁸ Il est, en effet, plutôt difficile de s'imaginer un programmeur déversant ses ravissements et ses angoisses dans un logiciel !

Il faut aussi s'interroger sur la nature de l'effort exigé. Nécessiter « un apport à la technique de programmation »⁴⁹ impose un défi majeur qu'un programmeur ne saurait relever à chaque occasion. On semble même très près des notions d'activité inventive ou de nouveauté,⁵⁰ qui obligerait à établir « un seuil minimum d'originalité ». ⁵¹ L'originalité devient ainsi une « notion statistique ». ⁵² Qu'en est-il de la personnalité ? On semble se glisser subrepticement vers la propriété industrielle et vouloir consacrer le mérite de l'oeuvre. ⁵³ L'originalité se réduirait-elle donc à la « nouveauté dans l'univers des formes » ?⁵⁴

Le logiciel provoque ces interrogations fondamentales. Si les programmes d'ordinateur faisaient l'objet d'une protection indépendante de celle des autres oeuvres, le problème ne serait pas aussi aigu. L'insertion du logiciel dans le droit d'auteur risque de faire étendre aux autres oeuvres l'interprétation des concepts de base qu'elle occasionne. Ce risque est assez présent en droit canadien où, par l'effet combiné de l'interprétation jurisprudentielle et, prochainement, de la législation, le logiciel ne devient qu'une « oeuvre littéraire » parmi les autres ;⁵⁵ il est peut-être moins à craindre en droit français où la structure de la législation semble vouloir en minimiser

⁴⁸J.-L. Goutal, « La protection juridique du logiciel » D.1984.Chron.197, no 9.

⁴⁹Gaudrat, *supra*, note 14 à la p. 285.

⁵⁰Voir Françon, *supra*, note 7 à la p. 400.

⁵¹Lucas, « La propriété des logiciels », *supra*, note 7 à la p. 316.

⁵²Edelman, Note sous *Pachot*, *supra*, note 7 à la p. 416.

⁵³Il se pourrait bien qu'à l'instar du droit des brevets, on ait toujours recherché un élément de nouveauté dans la propriété littéraire et artistique, mais officieusement : voir Mousseron, Teyssié et Vivant, Note sous *Pachot*, *supra*, note 7, no 15. Voir aussi Carreau, *supra*, note 43.

⁵⁴M. Vivant, « Informatique et propriété intellectuelle » J.C.P. 1984.I.3169, no 12.

⁵⁵La conséquence la plus drastique de cette prise de position porte sur la durée de la protection : l'auteur du logiciel bénéficie ainsi d'un droit d'auteur sa vie durant, plus cinquante années après sa mort (*Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 17, art. 5). Cette durée nous paraît excessivement longue pour une création à caractère industriel toujours en mutation. Le législateur français a, quant à lui, réduit la durée de protection à vingt-cinq ans (*Loi du 3 juillet 1985*, *supra*, note 1, art. 48).

l'impact : quoiqu'il fasse maintenant partie de l'énumération des oeuvres de l'article 3 de la *Loi du 11 mars 1957*,⁵⁶ on en renvoie immédiatement les modalités à la *Loi du 3 juillet 1985*.⁵⁷ Ce procédé donne fortement l'impression que le législateur n'a pas voulu conférer un véritable droit d'auteur, mais plutôt une protection spécifique, voire même une certaine forme de droit voisin.⁵⁸ Puisque la possibilité de faire bénéficier le logiciel du jeu des conventions internationales sur le droit d'auteur a été un facteur important dans la décision du législateur d'insérer le logiciel dans l'article 3 de la *Loi du 11 mars 1957*,⁵⁹ une évolution jurisprudentielle dans cette direction serait souhaitable.

Conclusion

Pour le moment, la situation est plutôt déplorable pour le droit d'auteur. Les arrêts *Pachot* et *Apple* témoignent d'un droit en crise. Le logiciel provoque des réflexions sur des concepts qui, quoiqu'ils aient déjà été l'objet de maintes controverses, étaient peut-être considérés comme acquis : la portée, la nature, le rôle même du droit d'auteur sont sérieusement remis en question.

L'introduction du logiciel dans la famille du droit d'auteur est contestée. L'organigramme s'apparente beaucoup à une idée ou une formule mathématique ; c'est l'élément du logiciel dont la protection rencontre le plus d'opposition.⁶⁰ On peut se poser de sérieuses questions sur la nature du code-objet, et si plusieurs s'accordent à reconnaître le code-source comme méritant protection, cette situation ne fait pas l'unanimité. Malgré le désir d'interpréter largement les législations existantes et même la présence de dispositions législatives formelles, le doute plane toujours sur l'identité même de ce nouvel objet de protection du droit d'auteur.

L'opportunité de cette inclusion est d'autant plus remise en question qu'elle affecte une exigence fondamentale du droit d'auteur : l'originalité. Le logiciel semble insuffler à l'analyse de cette condition un penchant

⁵⁶*Supra*, note 10.

⁵⁷*Supra*, note 1, art. 2(v).

⁵⁸Voir Bonneau, *supra*, note 14 à la p. 504.

⁵⁹Voir G. Bertin et I. de Lamberterie, *La protection du logiciel : Enjeux juridiques et économiques*, Paris, L.G.D.J., 1985 à la p. 63 et s. ; Plaisant, *supra*, note 1, no 106.

⁶⁰La question n'a pas encore été posée aux tribunaux canadiens, mais préoccupe toutefois la doctrine : voir R.H. Barrigar, « Legal Protection of Software from Unauthorized Use : Proprietary and Contractual Rights » (1977) 30 C.P.R. (2d) 159 à la p. 169 ; Wiggs, *supra*, note 20 à la p. 143. L'interprétation de la Cour de cassation rencontre une certaine résistance : voir Gaudrat, *supra*, note 14 à la p. 193 ; Guilguet et Marcellin, *supra*, note 15 à la p. 9 ; Toubol, *supra*, note 25 à la p. 78 ; Lucas, *supra*, note 40, no 282 ; Lucas, « Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels », *supra*, note 16, no 11 ; Lucas, « La propriété des logiciels », *supra*, note 7 à la p. 317.

marqué vers le droit des brevets. Serait-ce une manifestation de son inaptitude inhérente à ne pas s'intégrer dans le droit d'auteur ? Est-il nécessaire de bouleverser l'intégrité d'un régime qui a fait ses preuves pour des raisons d'opportunisme juridique ? Des impératifs économiques sont en train de primer sur les considérations juridiques ; or, « [t]he investigation of complex issues that computer technology raises is no reason to condone the acquiescence in stop-gap measures between full and proper legislative consideration. »⁶¹

Ces réflexions témoignent d'une remise en question du rôle de la propriété littéraire et artistique. Traditionnellement, l'expansion du droit d'auteur servait à mettre en valeur les intérêts culturels que celui-ci favorisait déjà.⁶² On cherche maintenant à l'utiliser pour contrarier des pratiques concurrentielles.⁶³ Mme le juge Reid n'y voit aucun inconvénient : ce serait même le but de la loi.⁶⁴ La portée de cet objectif doit cependant être nuancée : « Whatever contribution it may make to the task of regulating flows of information, no branch of intellectual property law can be expected to function as a general anti-trust device. »⁶⁵

D'aucuns s'entendent, d'ailleurs, à ne reconnaître qu'une étendue limitée à la protection du logiciel par le droit d'auteur : elle serait efficace uniquement contre les copies serviles ou quasi-serviles.⁶⁶ Avant de procéder à un remaniement législatif, il importe de commencer par s'interroger sur la raison d'être du droit d'auteur. Une incompatibilité de nature entre le droit d'auteur et le logiciel demande d'envisager pour ce dernier une protection spécifique qui, tout en se maintenant dans la lignée de la propriété intellectuelle, répondrait davantage aux caractéristiques du logiciel.

Quel que soit l'avenir du logiciel au sein de la propriété intellectuelle, les débats de droit d'auteur qu'il suscite ne sauraient être que bénéfiques.

⁶¹D. Morgan, « Cable, Computers, Copyright and Canadian Culture » (1985) 2 I.P.J. 69 à la p. 88.

⁶²Dworkin, *supra*, note 19 à la p. 109.

⁶³Voir D. Morgan, « Copyright-Computer Programs — Is Copyright Protection Desirable ? » (1985) 63 R. du B. Can. 412 à la p. 420 ; Morgan, *supra*, note 61 à la p. 90.

⁶⁴Apple, *supra*, note 8 à la p. 213.

⁶⁵C.J. Millard, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, Toronto, Carswell, 1985 à la p. 7.

⁶⁶A. Chavanne et J. Azéma, *Chronique de législation* (1985) 38 R.T.D. comm. 748 à la p. 750 ; Huet et Lucas, *supra*, note 31 à la p. 30 ; Le Stanc, *supra*, note 39 à la p. 105.

Dans l'immédiat, ils servent à élaborer le mode de protection le plus adéquat pour le logiciel. À long terme, cependant, ils déclenchent une introspection à laquelle on avait pu, jusqu'à maintenant, se soustraire. On scrutera dorénavant chaque étape du cheminement de l'oeuvre intellectuelle, du concepteur à l'utilisateur.
