

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

La protection par le droit d'auteur des logiciels créés par des employés en droit comparé et international

Rachel DESY*

INTRODUCTION	23
I. LA PROTECTION DES LOGICIELS CREEES PAR DES EMPLOYES	25
A. La propriété du logiciel	27
1. La propriété de l'employeur.....	27
a) <i>Contrats de louage de service ou d'apprentissage</i>	28
b) <i>Contrats de louage de service ou d'ouvrage</i>	31
c) <i>Le logiciel créé dans l'exécution des fonctions de l'employé</i>	33
2. La propriété de l'employé.....	38
a) <i>Contrat de louage de service</i>	38
b) <i>Contrats de louage de service ou d'ouvrage</i>	40
c) <i>Situations particulières</i>	40
d) <i>Lois silencieuses sur les créations des employés</i>	41
3. La propriété conjointe de l'employeur et de l'employé.....	43
B. Le statut de l'employé.....	43
1. L'employé embauché à titre de créateur de logiciels.....	43
2. L'employé embauché à un autre titre.....	44
3. L'employé par rapport au travailleur autonome.....	45
C. Les zones grises de la création par l'employé	49
1. La création à domicile.....	49

* LL.L. (Ottawa) et LL.M. (droit du travail et droit social — UQAM). L'auteur a reçu une bourse du Barreau du Québec afin d'effectuer un stage de trois mois à Paris.

2. La création sur les lieux du travail à des fins personnelles	50
3. La création progressive d'un même logiciel chez plusieurs employeurs.....	51
II. CRITIQUE DU REGIME DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR.....	51
A. Avantages du droit d'auteur.....	51
1. Un droit tangible.....	52
2. Un droit immédiat.....	52
3. Un régime souple.....	52
B. Les désavantages du droit d'auteur.....	54
1. Une protection incomplète	54
2. Les conflits avec d'autres lois.....	58
3. Une interprétation judiciaire inconstante	59
C. Les perspectives d'avenir du régime de protection par le droit d'auteur.....	60
1. L'intervention législative.....	60
2. Le consensus international	61
3. Les mesures alternatives au droit d'auteur	66
CONCLUSION.....	67

L'industrie florissante du logiciel a vu éclore à travers le monde une multitude de situations juridiques auxquelles le droit de chaque pays a tenté, tant bien que mal, de pallier¹. Les droits d'auteur, brevets, marques de commerce, lois sur la concurrence, de même que les régimes contractuels sont parmi les avenues les plus souvent explorées afin de protéger et d'aménager des mesures de protection pour les logiciels, non sans quelque confusion.

Leader mondial du logiciel², les États-Unis produisent près de 70% des logiciels commercialisés à travers le monde³, dont 55% aux pays de la Communauté européenne⁴, pour une valeur de 27 milliards de dollars et un chiffre d'exportation global de 9 milliards de dollars⁵.

Une protection inadéquate des logiciels, cumulée à l'utilisation répandue de logiciels piratés représentant jusqu'à 98% des logiciels en circulation dans certains pays⁶ laissent entrevoir de lourdes pertes financières pour les producteurs de logiciels⁷.

En 1993, le Business Software Alliance estime les pertes financières (en dollars américains) et la part des logiciels utilisés illégalement à 1,584 milliard de dollars et 57% en Allemagne, 48 millions de dollars et 42% en Autriche, 69 millions de dollars et 60% au Danemark, 332 millions de dollars et 88% en Espagne, 43 millions de dollars et 67% en Finlande, 492 millions de dollars et 75% en Grèce, 45 millions de dollars et 83% en Irlande, 324 millions de dollars et 50% en Italie, 833 millions de dollars et 66% en France, 59 millions de dollars et 67% en Norvège, 492 millions de dollars et 49% en Angleterre, 215 millions de dollars et 78% aux Pays-Bas, 215 millions de dollars et 94% en Pologne, 46 millions de dollars et 77% au Portugal, 75 millions de dollars et 98% en Russie, 102 millions de dollars et 54% en Suède, 68 millions de dollars et 44% en

¹ Pour une vulgarisation des termes techniques reliés à l'informatique, voir Denis BURON, « Droit d'auteur et logiciel », (1987) *C. de D.* 421.

² Les États-Unis défendent très vigoureusement leur industrie. Voir Peter Heeseok KANG, « Canada, copyright, computers : Impact and analysis in an international perspective or from Gutenberg to Uruguay : Protecting the soul of a new machine », (1990) 10 *Computer L.J.* 265, 303; Jim KEON, « Computer Program and Semiconductor Chip Protection : Legislative Progress in Canada », (1987) 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 230, 233.

³ P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 327.

⁴ Keith A. STYRCULA., « The Adequacy of Copyright Protection for Computer Software in the European Community 1992 : A Critical Analysis of the EC's *Draft Directive* », (1991) 31 *Jurimetrics J.* 329, 330.

⁵ United States International Trade Commission, *The Effects of Greater Economic Integration within the European Community on the United States : First Follow-up Report*, Washington, DC. ISITC publication; 2268, 1990, 12-6; voir K.A. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 330.

⁶ *Bulletin d'actualité Lamy droit de l'informatique*, n° 66, Janvier 1995, p. 9.

⁷ *Software Directive Approved by Council, But Industry Finds Ambiguities Worrisome*, The External Impact of European Unification, 17 mai 1991, 1, 12.

Suisse, 79 millions de dollars et 68% en Belgique, en raison du piratage⁸, alors que les États-Unis estiment subir des pertes annuelles de 2,479 milliards de dollars causées par un piètre régime de propriété intellectuelle à l'étranger⁹. L'estimation des pertes mondiales se chiffre à près de 13 milliards en 1993.

Au Canada, les revenus des dix plus grandes entreprises de logiciels totalisent en 1993 plus de 557 millions de dollars, soit près de 40% des recettes annuelles du pays, évaluées à plus d'un milliard de dollars¹⁰. La croissance prévue pour 1994 est d'au moins 30%¹¹, ce qui démontre que l'industrie du logiciel vit une expansion fulgurante et qu'à défaut d'un régime de protection approprié, de nombreux créateurs ne pourront connaître avec certitude les droits dont ils bénéficient à l'égard des programmes qu'ils ont développés.

Aussi, à l'ère du Traité de libre-échange Canada — États-Unis, de l'Accord de libre-échange de l'Amérique du Nord (ALÉNA), de la Communauté économique européenne (CÉE) et des profondes mutations politiques que connaissent les pays d'Afrique et de l'ancien bloc de l'Est, la mondialisation du commerce des logiciels doit reposer sur des assises juridiques compatibles.

La croissance soutenue de l'industrie de l'informatique à l'échelle mondiale a donné lieu à l'emploi d'une main-d'oeuvre considérable ainsi qu'à une importante mobilité de programmeurs et de spécialistes en logiciels. En définitive, beaucoup d'employés, peu ou très expérimentés dans leur domaine, ont l'occasion d'offrir leurs services à des compétiteurs ou de structurer leur propre entreprise pour mettre à profit les connaissances qu'ils ont acquises, au détriment de leur employeur.

La présente étude vise à évaluer la protection qu'accorde aux logiciels le droit d'auteur à travers le monde, puisqu'une majorité de pays ont privilégié ce régime¹², certains depuis plus d'une décennie, tels les États-Unis¹³, le Japon, la

⁸ *Bulletin d'actualité Lamy droit de l'informatique*, loc. cit., note 6.

⁹ *Id.*; vers 1990, les États-Unis estimaient avoir subi des pertes de l'ordre de 800 millions de dollars américains : voir *Software Directive Approved by Council, But Industry Finds Ambiguities Worrisome*, op. cit., note 7.

¹⁰ Richard DUPAUL, « L'Ontario domine l'industrie canadienne du logiciel », *La Presse*, 22 mars 1994, C-5.

¹¹ *Id.*

¹² Voir Philippe GAUDRAT, « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », (1986) 128 *R.I. Dr. d'auteur* 181 et « La protection des logiciels par le droit d'auteur », (1988) 138 *R.I. Dr. d'auteur* 77; Jorgen BLOMQVIST, « Le droit d'auteur et la protection des logiciels », (1992) 151 *R.I. Dr. d'auteur* 2.

¹³ Le *Computer Software Act*, 1980, Pub. L. 96-517, 94 Stat. 3015, fait suite aux recommandations formulées par la National Commission on New Technological Uses of Copyright Works (CONTU) le 31 juillet 1978; les premiers débats sur la protection des logiciels par le droit d'auteur remontent à 1964; voir P.H. KANG, loc. cit., note 2, 303; depuis le début des années 70, le Copyright Office enregistre un droit d'auteur sur les logiciels; Martin KRATZ, « The Creator and the Benefits of Creation : Protection of Software in the Information Revolution », (1985) 9 *Dalhousie L.J.* 555, 598 et 599; voir aussi Thomas DREIER, « Copyright Protection for

France, l'Allemagne, l'Afrique du Sud¹⁴, la Bulgarie¹⁵ et les Philippines¹⁶, d'autres depuis seulement quelques années, tels le Brésil, le Canada, la Chine, la Corée, la Russie et l'Inde¹⁷.

Plus précisément, cette étude analyse la protection qu'offre le droit d'auteur aux employés créateurs de logiciels. En effet, un très grand nombre de logiciels sont développés par des employés et non par des entrepreneurs indépendants¹⁸. Les droits de ces employés subissent un sort très variable, voire aléatoire dans certains pays. C'est donc à travers eux que s'articule la plus grande partie du régime de protection des logiciels.

Dans une première partie, le régime de protection du droit d'auteur des employés est présenté sous trois volets, soit une étude comparée de l'attribution du droit de propriété du logiciel, une étude des variantes qui peuvent composer le statut de l'employé ainsi qu'une présentation des zones grises de la création d'un logiciel par un employé.

La seconde partie jette un regard critique sur le régime de protection offert par le droit d'auteur et met en lumière les avantages et désavantages du droit d'auteur, pour ensuite formuler les perspectives d'avenir de ce mode de protection pour les créations informatiques des employés.

I. LA PROTECTION DES LOGICIELS CREEES PAR DES EMPLOYES

Au départ, il est important de souligner que le terme logiciel n'est que très rarement utilisé dans les lois que nous avons étudiées et qu'on lui substitue généralement l'expression « programme d'ordinateur ». Ce concept est défini de façon variable, comme en témoignent les quelques définitions suivantes.

Depuis 1988, la *Loi sur le droit d'auteur* (L.D.A.) canadienne définit à l'article 2 ce qu'elle entend protéger sous l'expression « programme d'ordinateur » comme étant un « ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement par un ordinateur en vue d'un résultat particulier »¹⁹.

Computer Programs in Foreign Countries : Legal Issues and Trends in Judicial Decisions and Legislation », (1989) 20 *Int'l. Rev. Ind. Prop. & Copy. L.* 803, 817.

¹⁴ *Northern Office Micro Computers Pty. v. Rosenstein*, (1982) 8 F.S.R. 124 (S.C.); voir M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 610.

¹⁵ Voir P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 319.

¹⁶ Décret présidentiel n° 49 sur la propriété intellectuelle, 14 novembre 1972, art. 2n); Voir Mohamed-Hossam LOUTFI, « Some thoughts on the legal protection of software », (1989) 23 *Copy. Bull.* 10, 17.

¹⁷ Loi du 14 septembre 1984; voir M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 17.

¹⁸ Rainer STACHELS, « Copyright of Employees in Computer Software under German Law », (1984) *Computer L. & Prac.* 60.

¹⁹ Ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. (1985), c. 10 (4^e supp.),

Cette définition consacre la jurisprudence canadienne des années précédentes qui était pratiquement au même effet, qualifiant le logiciel d'oeuvre littéraire²⁰. Elle inclut tant le code source que le code objet, les systèmes d'exploitation et les logiciels d'application²¹.

La définition américaine se distingue en ce qu'elle ne fait pas référence au critère de fixation²² : « un programme d'ordinateur est un ensemble d'énoncés ou d'instructions destiné à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier »²³.

Le Japon s'est de même doté d'une définition succincte, soit « l'expression d'instructions combinées données à un ordinateur afin de le faire fonctionner et d'obtenir un certain résultat »²⁴.

Dans l'un des considérants de la Directive du 14 mai 1991 de la Communauté économique européenne (CÉE), que nous étudierons plus en détail dans la seconde partie, le programme d'ordinateur vise :

les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel ; [...] ce terme comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un

art. 1(3) (L.C. 1988, c. 15, art. 1(3)); disposition transitoire dans L.R.C. (1985), c. 10 (4^e suppl.), art. 24 (L.C. 1988, c. 15, art. 22). Cette définition diffère de celle avancée dans le Projet de loi C-60 : *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, Projet de loi C-60 (adopté le 3 février 1988), 2^e session, 33^e législature (Can.), présenté le 11 décembre 1987 et étudié dans DIRECTION DES RESSOURCES DIDACTIQUES, *La protection du droit d'auteur et les logiciels éducatifs*, Québec, Ministère de l'Éducation, 1988, p. 5 et suiv.

²⁰ *Société d'informatique R.D.G. Inc. c. Dynabec Ltée*, [1984] C.S. 1189, confirmé par *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, [1985] C.A. 236; (1986) 6 C.I.P.R. 185 (C.A. Québec); *Apple Computer Inc. c. Macintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), confirmé par [1990] 2 R.C.S. 209; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *F & I Retail Systems Ltd. c. Thermo-Guard Automotive Products Canada Ltd.*, (1985) 1 C.P.R. (3d) 297 (Ont. H.C.); *I.B.M. Corporation v. Spirales Computers Inc.*, (1984) 2 C.I.P.R. 56 (F.C., Tr. Div.); voir Derek MORGAN, « Cable, Computers, Copyright and Canadian Culture », (1986) 2 *Intell. Prop. J.* 69, 85 et suiv.; Blake R. WIGGS, « Canadian Copyright Protection for Computer Software — Recent Developments », (1985) 1 *Intell. Prop. J.* 137, 139; Louis H. MILRAD, « Computers and the Law — Use of Copyright to Protect Computer Software », (1985) *Bus. & L.* 65.

²¹ Le code source tel le Fortran, Basic ou Cobol, ne peut être exécuté directement par un ordinateur, il doit être converti en code objet pour que l'ordinateur puisse exécuter les instructions qu'il contient. Voir Michel RACICOT, « Jusqu'où va la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur au Canada — Doit-on bannir l'expression "look and feel" de notre langage? », (1992) 9 *Can. Intell. Prop. Rev.* 78, 84 et 85.

²² *Copyright Law*, Titre 17 du *U.S. Code*, art. 101; M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 81.

²³ Michel RACICOT, « La réforme du droit d'auteur au Canada, Projet de Loi C-60, Les programmes d'ordinateur, Comparaison avec le droit américain », (1988) 1 *Cahiers prop. intell.* 49, 51; Michel RACICOT, « La protection des logiciels en droit canadien », (1990) 2 *Cahiers prop. intell.* 147, 149 et dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, pp. 323-375.

²⁴ Michel VIVANT, Christian LE STANC, Lucien RAPP et Michel GUIBAL, *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1992, n° 852, p. 501 (ci-après cité : « LAMY »)

programme à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur.

Le Livre vert de la CÉE avait suggéré une définition plus articulée dont l'essence fut néanmoins reproduite dans la version finale :

*ensemble d'instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l'information, appelé ordinateur. [...] Le programme, avec sa documentation auxiliaire et son matériel de conception préparatoire, constitue le « logiciel ».*²⁵

A. La propriété du logiciel

La propriété du logiciel constitue généralement la pierre angulaire du droit d'auteur, le droit le plus ardemment revendiqué, car elle conditionne l'issue d'une série de droits tels le droit de traduction, d'adaptation et de présentation, le droit de céder le logiciel ou d'octroyer une licence et très souvent le droit de revendiquer des droits moraux, notamment le droit d'être reconnu comme étant l'auteur du logiciel.

Par l'étude de la législation en matière de propriété intellectuelle adoptée principalement dans chaque pays industrialisé, nous constatons qu'il existe trois modes de propriété. Ainsi, le propriétaire du logiciel sera soit l'employeur, soit l'employé ou encore, en de rares occasions, à la fois l'employeur et l'employé, autant de modes de propriété que nous étudierons tour à tour.

1. La propriété de l'employeur

À titre de remarque liminaire, précisons que la majorité des pays qui exploitent activement une industrie informatique ont octroyé par voie législative le droit de propriété du logiciel créé par un employé à l'employeur. La législation prévoit généralement qu'il est cependant loisible aux parties de déroger consensuellement à cette règle.

À cet égard, la terminologie retenue dans les lois sur le droit d'auteur de ces États établit des distinctions quant à la nature des relations contractuelles qui règnent entre l'employeur et l'employé et pose parfois des conditions supplémentaires relativement à la création en soi.

Pour les fins de ce texte, nous avons divisé en trois catégories la typologie des structures législatives. La première octroie un droit de propriété à l'employeur pour les créations de ses employés avec lesquels il est lié en vertu d'un contrat de louage de service ou d'un contrat d'apprentissage, alors que pour la deuxième catégorie, le lien contractuel retenu vise soit le contrat de louage de service ou le contrat de louage d'ouvrage. Enfin, dans la dernière catégorie, une

²⁵ Le Livre vert, 25 juin 1988, p. 1701, présenté au Conseil européen le 21 décembre 1988 et publié au J.O.C.E. le 12 avril 1989, n° C. 91; voir Brigitte VAN DORSSELAERE, *Guide juridique de l'informatique*, Paris, Bordas, 1990, p. 21.

condition supplémentaire vise les contrats de louage de service, de façon exclusive : la création de l'employé doit avoir été entreprise dans l'exécution de ses fonctions. Ainsi, la législation de cette dernière catégorie retient uniquement le contrat de louage de service et ne fait pas mention des contrats d'apprentissage ou de louage d'ouvrage. Les définitions de ces termes seront également abordées dans cette section afin de dissiper toute ambiguïté terminologique.

a) *Contrats de louage de service ou d'apprentissage*

Au Canada, l'article 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* énonce que « lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'oeuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur »²⁶.

L'expression « contrat de louage de service », que l'on retrouve dans plusieurs lois sur le droit d'auteur, comme nous le verrons plus loin, s'entend d'une relation de travail où l'employé est sous la subordination de l'employeur et est tenu d'exécuter certaines fonctions, comme celle de développer des logiciels, moyennant une rémunération, un salaire²⁷.

Le nouveau *Code civil du Québec* remplace le contrat de louage de service par l'expression « contrat de travail »²⁸ et en donne la définition suivante : « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne, l'employeur »²⁹.

Une convention de louage de service suppose que l'employeur engage l'employé à ses risques, c'est-à-dire qu'il accepte de subir l'échec d'une création qui connaîtra peu de succès pratique ou commercial ou, à l'inverse, qu'il s'attend à exploiter et à tirer profit de l'oeuvre réalisée par son employé³⁰. Le salaire

²⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 19, anciennement art. 12(3), S.R.C. 1970, c. C-30; pour une étude approfondie du droit d'auteur relatif aux logiciels, voir M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 593.

²⁷ T. LIMPERG, « Les droits des employés en leur qualité d'auteurs », (1980) *Dr. d'auteur* 235, 237.

²⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1311.

²⁹ Art. 2085 C.c.Q. (L.Q. 1991, c. 64); les *Commentaires du ministre de la Justice* (*op. cit.*, note 28), précisent que cette définition « met en relief l'attribut principal du contrat de travail : le lien de préposition caractérisé par le pouvoir de contrôle, autre que le contrôle économique, de l'employeur sur le salarié, tant dans la fin recherchée que dans les moyens utilisés » et ajoutent qu'il « importe peu que ce contrôle soit ou non effectivement exercé par son titulaire; il importe peu également que le travail soit matériel ou intellectuel ». Le contrat de travail est à durée déterminée ou indéterminée, selon l'article 2086 C.c.Q.

³⁰ *Id.*; Lesley E. HARRIS, « Ownership of Employment Creations », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 275; Matthew R. HARRIS, « Copyright, computer software and work made for hire », (1990) 89 *Mich. L. Rev.* 661, 662.

versé à l'employé constitue selon les employeurs la contrepartie du travail de création³¹.

Afin de dissiper toute ambiguïté sur la notion de contrat de louage de service (qui a déjà été confondue avec le contrat de louage d'ouvrage³²), nous considérons, pour les fins de ce présent texte, qu'elle désigne exclusivement un contrat de travail, tel que défini au *Code civil du Québec*.

Il n'existe aucune définition du contrat d'apprentissage mais il s'agit en fait d'une sous-catégorie du contrat de louage de service qui permet à un employé, souvent appelé stagiaire, d'acquérir une expérience pratique dans un domaine d'activités particulier, habituellement pour une période déterminée et sous la supervision d'un praticien d'expérience.

D'autre part, le contrat de louage d'ouvrage est un concept distinct qui sera défini à la section suivante. Ces interprétations se concilient avec l'intention des lois sur le droit d'auteur étudiées dans divers pays.

Ainsi, comme l'indique l'article 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, il demeure toujours loisible aux parties d'adopter des dispositions contractuelles différentes dans un contrat de travail individuel ou une convention collective³³. Une telle entente pourra exclure en entier l'effet de la loi au niveau de l'attribution du droit d'auteur ou alors aménager une division variée des droits reliés à la création d'une oeuvre.

À défaut d'entente, la loi canadienne accorde à l'employeur le droit d'auteur sur les logiciels développés par ses employés ou ses apprentis en retour des risques monétaires qu'il a encourus et du fait qu'il se charge également de la distribution et du marketing du produit réalisé par sa main-d'oeuvre³⁴.

De nombreux pays ont, tout comme le Canada, adopté une disposition similaire à l'article 13(3) L.D.A., visant à la fois le contrat de louage de service et

³¹ L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 275; M.R. HARRIS, M.R., *loc. cit.*, note 30, 662.

³² Voir art. 1665a à 1697 C.c.B.C.

³³ T. LIMPERG, *loc. cit.*, note 27, 238.

³⁴ L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 278; la même justification est donnée aux États-Unis, bien que leur régime diffère quelque peu, comme nous le verrons plus loin; voir M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 662.

le contrat d'apprentissage. Parmi ceux-ci, nommons l'Australie³⁵, l'Angleterre³⁶, la Nouvelle-Zélande³⁷, l'Inde³⁸, le Bangladesh³⁹, le Pakistan⁴⁰, Hong Kong⁴¹ et Israël⁴². L'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) avait d'ailleurs suggéré une disposition semblable en 1977⁴³.

En Australie, la Cour fédérale avait fait autorité à travers le Commonwealth dans *Apple Computer Inc. & Apple Computer Australia Pty. Ltd. v. Computer Edge Pty. Ltd.*⁴⁴ en accordant au logiciel un droit d'auteur. Le Parlement australien modifia son *Copyright Act* peu de temps après cette décision pour y inclure expressément les programmes d'ordinateur⁴⁵.

Pour sa part, l'Angleterre a adopté en 1988 la *Loi sur le droit d'auteur, les dessins industriels et les brevets* et y a spécifié que les logiciels étaient une forme d'oeuvre littéraire⁴⁶. Cette loi incorpore les modifications apportées en 1985 au *Copyright Act*⁴⁷ et abandonne l'exception en faveur des journalistes en

³⁵ La Loi n° 43 de 1984 protège expressément les logiciels sous le régime du droit d'auteur; voir M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 20.

³⁶ Ancien art. 4(4) du *Copyright Act* de 1956, devenu l'art. 11(4); voir Christopher BOWN, « Status of protection for software in the UK and other European countries », (1986) *Computer L. & Prac.* 46, 50; M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 17.

³⁷ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La protection de l'auteur et de l'inventeur salariés*, Genève, BIT, 1987, p. 33 (ci-après cité : « BIT »).

³⁸ *Id.*; l'Inde a inclus les logiciels dans sa Loi sur le droit d'auteur en 1984. Un projet de modification a été soumis en 1992; voir UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *1993 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 1993, p. 123 (ci-après cité : « USTR »).

³⁹ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33.

⁴⁰ *Id.*; la Loi sur le droit d'auteur pakistanaise fut modifiée le 30 septembre 1992 pour y inclure expressément les logiciels; voir USTR, *op. cit.*, note 38, p. 209.

⁴¹ Le *Copyright Act* de 1956 de l'Angleterre a été étendu à Hong Kong; voir P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 307.

⁴² Article 5(1b) du *Copyright Act* de 1911 d'Angleterre, 1 & 2 Geo. V, c. 46 qui fut appliqué intégralement à la Palestine en 1924 par une Ordonnance du roi Georges V, 1 L.P. 29; voir Barry LEVENFELD, « Copyright Protection for Computer Software in Israël », (1987) 8 *Computer L.J.* 23, 38. Le 26 juillet 1988, l'article 2A est inséré à l'Ordonnance pour inclure nommément les logiciels; voir Naomi ASSIA, « Computer Software Copyright in Israël », (1989) 5 *Computer L. & Prac.* 162, 164.

⁴³ OMPI, « Dispositions types sur la protection du logiciel », (1977) *La propriété industrielle* 271, art. 2.

⁴⁴ (1984) 11 F.S. 481.

⁴⁵ M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 609; Raymond T. NIMMER et Patricia KRAUTHAUS, « Classification of Computer Software for Legal Protection : International Perspectives », (1987) 21 *Int'l. Lawyer* 733, 747.

⁴⁶ *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988 (U.K.), art. 3(1b); le Rapport Whitford de 1977 et le Livre blanc de 1986 intitulé *Intellectual Property and Innovation* avaient tous deux recommandé une réforme substantielle des régimes de propriété intellectuelle; voir Andrew TETTENBORN, « Copyright Law Reform — English-Style », (1989) 4 *Intell. Prop. J.* 353.

⁴⁷ Art. 1(1) du *Copyright (Computer Software) Amendment Act*, en vigueur le 16 septembre 1985; voir A. TETTENBORN, *loc. cit.*, note 46, 353; Julian P. THURSTON, « Impact of the Copyright,

les soumettant dorénavant à la règle générale voulant que les oeuvres qu'ils créent en cours d'emploi appartiennent à leur employeur⁴⁸. Les tribunaux anglais ont reconnu l'application du droit d'auteur aux logiciels dès 1982 dans *Sega Enterprises Ltd v. ALCA Electronics*⁴⁹.

b) *Contrats de louage de service ou d'ouvrage*

D'autres pays accordent le droit d'auteur sur le logiciel à l'employeur qui est lié à son employé en vertu d'un contrat de louage de service, comme à la section précédente, mais aussi à la personne qui a commandé le logiciel à un créateur indépendant en vertu de ce que nous désignons comme étant un contrat de louage d'ouvrage. Ainsi, pour les États-Unis⁵⁰, l'Algérie⁵¹, la Barbade⁵², l'Espagne⁵³ et le Brésil⁵⁴, le logiciel créé dans le cadre soit d'un contrat de louage de service, soit d'un contrat de louage d'ouvrage appartient respectivement à l'employeur ou à la personne qui a réglé la commande pour le logiciel.

En matière de louage d'ouvrage, cette solution est retenue en outre par les Pays-Bas et le Pérou⁵⁵, sans égard à l'attribution du droit de propriété d'une création d'un employé selon les termes d'un contrat de louage de service. Remarquons qu'en général, la création d'un logiciel en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage appartient à son créateur, selon le principe de base voulant qu'une création appartienne à son auteur. Les Pays-Bas et le Pérou font

Designs and Patents Bill upon the software clone industry », (1988) 5 *Computer L. & Prac.* 24; M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 20.

⁴⁸ *Loi sur le droit d'auteur, les dessins industriels et les brevets*, art. 11(2), anciennement art. 4(2). Le Rapport Whitford et le Livre vert avaient recommandé exactement le contraire, soit que la protection offerte aux journalistes soit octroyée de façon générale à tous les employés : voir L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 296.

⁴⁹ (1982) 9 F.S.R. 516 (A.C.)

⁵⁰ Art. 101 17 U.S. Code (1988); certaines conditions sont cependant imposées; voir *infra*, I.B. 3.

⁵¹ Voir BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33.

⁵² *Id.*

⁵³ Art. 51(2) de la Loi 22 du 11 novembre 1987 sur la propriété intellectuelle; voir Michel RACICOT, « Rapport général : la protection des logiciels », dans ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE CANADIENNE, Congrès 1989, *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 40 et 41; T. DREIER, *loc. cit.*, note 13, 817; Enrique de Aresti GUTIÉRREZ, « La protection juridique du logiciel en Espagne en 1988 », (juin 1988) *Cahiers Lamy du droit de l'informatique* (D) 12.

⁵⁴ La Loi n° 7646 du 18 décembre 1987 accorde spécifiquement aux logiciels la protection du droit d'auteur; voir Michael S. MENSİK et A. John RADSAN, « Copyright Protection and the Marketing of Software in Brazil : The New Legal Framework », (1990) 24 *Int'l. Lawyer* 153; Raphael DE CUNTO, « Brazil's software regulations », (1989) 3 *Rev. Int'l. Bus. L.* 337; Kenneth D. BASCH et Anton H. VAN SCHIJNDEL, « The Brazilian Software Law of 1987 », (1989) 23 *Int'l. Lawyer* 281; Luiz-Fernando MARTINS CASTRO, « La loi brésilienne du 18 décembre 1987 sur la protection juridique du logiciel et sa commercialisation », (nov. 1989) *Cahiers Lamy du droit de l'informatique* (H) 6.

⁵⁵ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33.

exception à cette règle, tout comme les États-Unis, lorsque certaines règles sont suivies, comme nous le verrons plus loin.

Le contrat de louage d'ouvrage reçoit aussi l'appellation de contrat d'entreprise ou de service, retenue dans le nouveau *Code civil du Québec*. L'article 2098 en donne la définition suivante :

Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

Étant donné l'absence d'un lien de préposition, « l'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat », comme le prévoit l'article 2099 C.c.Q.⁵⁶. Le concept de louage d'ouvrage ou de contrat d'entreprise, ainsi défini, est généralement accepté à travers le monde entier. Pour les fins de ce texte, le contrat de louage d'ouvrage désigne donc le contrat d'entreprise et se caractérise par l'absence d'un lien de subordination entre les parties, contrairement au contrat de louage de service défini précédemment.

Au Brésil, pour que l'employeur ou la personne qui ordonne la conception du logiciel en soient les propriétaires, ceux-ci doivent fournir l'équipement nécessaire à la création. Au cas contraire, ou si l'employé a réalisé le logiciel en dehors de l'exécution de ses fonctions, dans le cas d'un contrat de louage de service, il y aura présomption que le droit d'auteur appartient à l'employé ou au travailleur autonome, le cas échéant⁵⁷. L'enregistrement du logiciel à l'Institut national de propriété industrielle, bien que facultatif, permet d'établir une preuve *prima facie* du droit d'auteur⁵⁸, comme le reconnaissent également d'autres pays.

Même si les lois sur le droit d'auteur accordent habituellement la propriété du logiciel créé par un salarié dans l'exécution de ses fonctions à l'employeur, comme nous le verrons à la section suivante, ce dernier peut avoir recours à des clauses contractuelles spécifiques pour s'assurer que ses employés ne divulguent pas de l'information confidentielle et des secrets commerciaux de l'entreprise⁵⁹.

⁵⁶ L'entrepreneur est la partie qui réalise un ouvrage et le prestataire de services est la partie qui fournit un service. Tous deux sont soumis au même régime de droit civil depuis le 1^{er} janvier 1994, date d'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*; voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 1318 et suiv.

⁵⁷ M.S. MENDESIK et A.J. RADSAN, *loc. cit.*, note 54, 156.

⁵⁸ *Id.*, 154.

⁵⁹ Christopher J. MILLARD, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, Toronto, Carswell, 1985, pp. 120-121.

c) *Le logiciel créé dans l'exécution des fonctions de l'employé*

Plusieurs pays n'accordent à l'employeur la propriété d'un logiciel créé par un employé qu'à la seule condition que le logiciel ait été créé dans l'exécution des fonctions de l'employé, donc en vertu d'un contrat de louage de service, sans faire référence au contrat d'apprentissage. Cette situation prévaut en France⁶⁰, aux Philippines⁶¹, au Sri Lanka⁶², en Turquie⁶³, au Ghana⁶⁴, au Chili⁶⁵, en Corée⁶⁶ et aux Pays-Bas⁶⁷.

En Turquie, en Irlande et au Liberia, l'employeur est présumé ou considéré comme le titulaire du droit d'auteur comme s'il avait réalisé l'oeuvre personnellement⁶⁸, à condition que son employé ait développé le logiciel dans l'exécution de ses fonctions. Cette présomption ne se retrouve pas chez les pays mentionnés précédemment (France et autres) parce que le libellé de leur loi dénote que la propriété de l'employeur se veut une fiction juridique qui déroge au principe général à l'effet qu'un créateur soit le premier titulaire de son oeuvre.

D'autres pays exigent par surcroît que le logiciel ait été développé à la demande expresse de l'employeur et non seulement que l'employé l'ait mis au point dans l'exécution de ses fonctions, notion qui peut prêter à une plus grande interprétation. Tel est le cas au Salvador⁶⁹ et au Japon⁷⁰.

⁶⁰ Voir *infra*, notes 84 et suiv.

⁶¹ Il doit s'agir des fonctions habituelles de l'employé; voir M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 17.

⁶² BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ L'entreprise doit cependant relever du secteur public; la loi sur le droit d'auteur fut modifiée en 1985 pour inclure les logiciels, puis à nouveau en 1992; voir BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33; A. MILLÉ, « Régime légal du Software en Argentine et Amérique latine; rapport à la IF semaine internationale : Informatique, Justice et Droit de Sao Paulo », (décembre 1986), cité dans LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 844, p. 497.

⁶⁶ Le logiciel doit aussi avoir été créé sous la supervision de l'employeur, en vertu de l'article 7 de la loi sur la protection des logiciels; voir Lim BYUNGKWON, « Protection of Computer Programs Under the Computer Program Protection Law of the Republic of Korea », (1989) 30 *Harv. L.J.* 171, 176; S.H. SONG, « Experimenting with copyright protection of computer software in the Republic of Korea », (1986) 4 *Seoul L.J.* 41.

⁶⁷ L'article 7 de la Loi sur le droit d'auteur néerlandaise énonce que l'employeur est réputé être l'auteur lorsque des oeuvres spécifiques sont créées en emploi; Herman J. WOLTRING et F. Willem GROSHEIDE, « Going Dutch between copyright and droit d'auteur », (1988) 5 *Computer L. & Prac.* 75, 77. Pour un aperçu général du droit d'auteur sur les logiciels dans la CEE, aux États-Unis et au Japon, voir J.H. SPOOR et G. VANDENBERGHE, « Le droit d'auteur et le logiciel dans les pays de la CEE, les États-Unis et le Japon : aperçu synthétique », (1987) 2 *Dr. de l'informatique* 116.

⁶⁸ La Loi sur le droit d'auteur turque de 1951 a fait l'objet d'un projet de modification en 1993 qui ne semble pas avoir été adopté à ce jour; T. LIMPERG, *loc. cit.*, note 27, 238.

⁶⁹ La Loi sur le droit d'auteur du Salvador ne prévoit pas expressément les logiciels; BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33.

⁷⁰ Loi sur le droit d'auteur japonaise, art. 15(1); Tohru NAKAJIMA, « Legal Protection of Computer Programs in Japan : The Conflict Between Economic and Artistic Goals », (1988) 27 *Colum. J.*

En vertu de l'article 15(2), la Loi sur le droit d'auteur japonaise autorise les parties à déroger à ce principe si une convention contraire était en vigueur au moment de la création du logiciel⁷¹. L'Agence des affaires culturelles du Japon, suite à un ardent débat avec le ministère du Commerce international et de l'Industrie (MITI)⁷² a pu présenter avec succès un projet de loi modifiant la loi sur le droit d'auteur lors de la 102^e session de la Diète en avril 1985. Ce projet avait pour but de clarifier le statut des logiciels au regard du droit d'auteur. La Diète sanctionna ce projet de loi sans la moindre variation⁷³ et le Japon obtint de cette manière un droit d'auteur augmenté de dispositions particulières sur les logiciels⁷⁴.

L'article 2(1) comporte désormais une définition du terme logiciel (*puroguramu*) et l'article 10(1) énumère les logiciels parmi les oeuvres pour lesquelles un droit d'auteur peut être réclamé⁷⁵. L'article 10(3), nouvellement inséré, exclut de façon explicite toute protection envers le langage de programmation, une règle ou un algorithme utilisés pour développer un logiciel et définit chacune de ces expressions pour écarter toute ambiguïté⁷⁶.

Outre l'article 15(1) relatif à la propriété du droit d'auteur, l'article 76bis autorise l'enregistrement des logiciels. Le cas échéant, il y aura présomption réfragable de création du programme d'ordinateur à la date de l'enregistrement⁷⁷. L'enregistrement demeure facultatif, car le Japon adhère au principe de la protection automatique d'une oeuvre en vertu du droit d'auteur contenu dans la Convention de Berne⁷⁸.

À titre indicatif, la Loi sur le droit d'auteur japonaise fut une fois de plus modifiée en 1986 pour attribuer une protection spéciale aux bases de données⁷⁹. Une loi distincte fut également adoptée en 1985 pour légiférer sur le domaine des puces et des circuits intégrés⁸⁰.

Transnat. L. 143, 161; R.N. FREED, « Legal protection of software — a global view from Japan », (1987) 2 *Software L.J.* 17; Judith J. WELCH et Wayne L. ANDERSON, « Copyright protection of computer software in Japan », (1991) 11 *Computer L.J.* 287.

⁷¹ Doi TERUO, « Computer Technology and Copyright — A Review of Legislative and Judicial Developments in Japan », (1987) 8 *Mich. Y.B. Int'l. Legal Stud.* 3, 5 et 6; Stanislaw SOLTYSINSKI, « Protection of Computer Programs : Comparative and International Aspects », (1990) 21 *Int'l. Rev. Ind. Prop. & Copy. L.* 1, 3.

⁷² D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 12; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 314.

⁷³ Loi n° 62 de 1985.

⁷⁴ Kanji ISHIZUMI, « Copyright Protection of Computer Programs and Semiconductors in Japan », (1987) 15 *Int'l. Bus. Lawyer* 207, 210.

⁷⁵ D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 12.

⁷⁶ *Id.*, 13.

⁷⁷ *Id.*, 14.

⁷⁸ *Id.*, 15.

⁷⁹ Loi n° 64 de 1986; la loi avait subi une autre modification en 1984 pour établir un droit de prêt public (*public lending right*) exclusif à l'auteur; D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 18 et 19.

⁸⁰ K. ISHIZUMI, *loc. cit.*, note 74, 210.

En Suisse, l'employeur est seul autorisé à exercer les droits exclusifs d'utilisation du logiciel créé par le travailleur dans l'exercice de son activité, au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles⁸¹. La loi opère ainsi une cession légale des droits patrimoniaux en faveur de l'employeur⁸². L'article 2, alinéa 3 de la nouvelle Loi sur le droit d'auteur helvétique, adoptée le 9 octobre 1992 puis mise en vigueur le 1^{er} juillet 1993, inclut spécifiquement les programmes d'ordinateur.

En revanche, les logiciels créés sur commande sont la propriété de l'auteur, à moins de convention contraire. Les tribunaux suisses appliquent généralement la théorie de la finalité, comme en Allemagne, pour déterminer si le créateur indépendant a renoncé à son droit de propriété en faveur du client qui a commandé le logiciel⁸³.

En France, la Loi du 3 juillet 1985⁸⁴ prévoit que, sauf stipulation contraire⁸⁵, « le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs »⁸⁶. Les logiciels réalisés avant l'entrée en vigueur de cette loi appartiennent en principe aux employés vu l'absence de portée rétroactive de la loi actuelle⁸⁷. À la lumière des débats parlementaires, il appert que l'employeur ne jouit que des droits patrimoniaux reliés à la création⁸⁸. Par ailleurs, le test d'originalité du logiciel semble appliqué avec peu de rigueur par les tribunaux français qui préfèrent conférer un droit d'auteur à tout logiciel non contrefait⁸⁹.

⁸¹ Loi sur le droit d'auteur suisse, art. 17.

⁸² Ivan CHEPILLOD, « Protection des logiciels et des bases de données, la révision du droit d'auteur en Suisse », (1993) 162 *Expertises* 217, 220.

⁸³ Pierre SIRINELLI, « Contrat obligatoire pour céder les droits d'auteur », (1992) 150 *Expertises* 184.

⁸⁴ *Loi n° 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 visuelle*, J.O. 4 juillet 1984, p. 7495 (ci-après citée : « Loi du 3 juillet 1985 »); l'article 1 de la *Loi n° 57-298 sur la propriété littéraire et artistique*, J.O. 14 mars 1957, p. 2723, accordait la propriété des droits d'auteur à l'employé; voir LAMY, *op. cit.*, note 24, n°s 846-850, pp. 498-500.

⁸⁵ Pour un aperçu des types de clauses contractuelles, voir le *Guide de l'utilisateur, Micro informatique et relations contractuelles — Distribution. Achat. Maintenance*, Paris, Association française de Normalisation (AFNOR), 1986, p. 76 et suiv.; François SARTRE, *Informatique et contrats — modalités et embûches — les outils de l'entreprise*, Paris, Éditests, 1985, p. 39 et suiv.; LAMY, *op. cit.*, note 24, n°s 980-981, pp. 592-593.

⁸⁶ Art. 45, al. 1 de la Loi du 3 juillet 1985, précitée, note 84; B. HUBO, « La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié, Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas », (1986) 3 *Dr. de l'informatique* 151, 152; André LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, pp. 229 et 230; Frédérique TOUBOL, *Le logiciel : Analyse juridique*, Paris, Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, 1986, p. 96; Jean JONQUÈRES, « Protection des logiciels et droit d'auteur », (1985) 5 *Dr. de l'informatique* 2, 6; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 50.

⁸⁷ *M.G. c. Nortène*, Cour d'appel de Douai, 1^{re} Ch. Civ., 21 novembre 1990, répertorié dans (1993) 159 *Expertises* 115; A. LUCAS, *op. cit.*, note 86, p. 231.

⁸⁸ LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 938, p. 555.

⁸⁹ T. DREIER, *loc. cit.*, note 13, 812-814; LAMY, *op. cit.*, note 24, n°s 856-865, pp. 502-507.

L'alinéa 2 de l'article 45 porte que « toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur », principalement pour déterminer la portée de l'expression « dans l'exercice de leurs fonctions » du premier alinéa. Une auteure française est d'opinion que « tout ce qui est créé dans le cadre de la prestation contractuelle, c'est-à-dire ce pourquoi le salarié a été engagé » est visé par cette expression⁹⁰.

L'alinéa 3 de l'article 45 étend l'application de cette disposition aux agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements de caractère administratif. Seraient ainsi visés tant les fonctionnaires que les agents contractuels, les collaborateurs bénévoles, les agents occasionnels et même les stagiaires ou les élèves des établissements d'enseignement ou de formation qui se destinent à la fonction publique⁹¹. L'expression « collectivités publiques » englobe les collectivités locales (communes, départements) et leurs regroupements (syndicats, communautés urbaines). La mention des établissements à caractère administratif semble exclure le personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial⁹².

Le Premier ministre français a transmis une circulaire relative à la protection juridique des logiciels⁹³ dans laquelle il est précisé que la possibilité pour les employés de l'État d'obtenir un régime différent par stipulation contraire, comme le permet la loi, ne peut être comprise à leur égard que comme un renvoi à la publication d'un décret précisant les modalités selon lesquelles un fonctionnaire créateur de logiciel pourrait être rémunéré spécifiquement pour sa création⁹⁴.

En réaction à la Directive n° 91-250 adoptée le 14 mai 1991 par la CEE⁹⁵, la France a adopté une loi portant sur la mise en oeuvre de cette Directive. L'article 2 modifie le premier alinéa de l'article L113-9 du *Code de la propriété intellectuelle* et le remplace par la disposition suivante : « Sauf stipulations contraires ou dispositions statutaires contraires, l'employeur est seul habilité à exercer les droits patrimoniaux afférents aux logiciels créés par un employé dans l'exercice de ses fonctions, ou d'après les instructions de son employeur »⁹⁶. La durée de la protection est désormais doublée à 50 ans, conformément à l'article 8 de la Directive de la CEE. Parallèlement, la Directive 93-98 du 29 octobre 1993

⁹⁰ Katia GOUNOT, *Les créations de salariés dans la loi du 3 juillet 1985*, Mémoire D.É.A., Montpellier, 1987, p. 25.

⁹¹ LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 886, p. 516.

⁹² *Id.*, n° 886, p. 517.

⁹³ 17 octobre 1990, publiée dans le J.O. du 21 octobre 1990, p. 12757.

⁹⁴ *Id.*, section II.B.

⁹⁵ Voir *infra*, section II.C.2.

⁹⁶ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994, J.O. 11 mai 1994, p. 5863; voir Nicolas ROS de LOCHOUNOFF et Jacques-Gérard RUBAULT, « Protection des logiciels : Projet de loi de transposition de la Directive », (1992) 155 *Expertises* 376; « Protection des logiciels », *Projet de loi portant mise en oeuvre de la directive n° 91/250/CEE du Conseil des Communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle*, (1992) 155 *Expertises* 362.

prévoit que la durée de protection du droit d'auteur, vraisemblablement à l'exclusion des logiciels, est portée à 70 ans, au plus tard le 1^{er} juillet 1995.

Cette récente loi française propose donc d'établir une cession des droits d'exploitation à l'employeur. Quelques auteurs ont souhaité, en vain, que la loi précise également l'étendue des droits d'exploitation, particulièrement en cas de licenciement ou de retraite de l'employé créateur, ou encore en cas de fermeture de l'entreprise⁹⁷. Néanmoins, la loi nouvelle innove en autorisant le nantissement du droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel⁹⁸. Depuis son adoption, le Tribunal de grande instance de Paris a eu l'occasion de se prononcer en faveur de l'application de la Directive européenne du 14 mai 1991⁹⁹.

Du côté de l'Italie, jusqu'en 1992, seuls les logiciels créés par des employés dans l'exécution de leurs fonctions, dans le secteur public, et dont l'État assumait les coûts et la publication lui appartenaient¹⁰⁰. En effet, la Loi n° 489 du 19 décembre 1992 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur a récemment transcrit la Directive de la CEE du 14 mai 1991¹⁰¹ et attribue le droit d'auteur d'une création d'un salarié à son employeur¹⁰². Un décret fut également promulgué à cet effet le 29 décembre 1992¹⁰³. Enfin, un registre des logiciels géré par l'Association des auteurs et éditeurs italiens est institué depuis 1994 par décret, lequel précise que le déposant sera considéré comme l'auteur du programme déposé¹⁰⁴.

Par ailleurs, la Colombie et le Rwanda requièrent également que le programme d'ordinateur soit développé dans une entreprise du secteur public pour que l'État soit titulaire du droit de propriété sur les créations de ses employés dans l'exécution de leurs fonctions¹⁰⁵. La Norvège, la Suède et la Thaïlande présument dans leurs législations respectives que l'employé cède ses

⁹⁷ Daniel BÉCOURT, « La protection des logiciels à l'heure européenne », (1992) 148 *Expertises* 94, 97; « Pérennité du logiciel », (1992) 146 *Expertises* 18.

⁹⁸ Voir art. L132-34 Code de propriété intellectuelle; Jean-François FORGERON, « La nouvelle loi sur la protection des logiciels : des précisions, des modifications et une innovation », (1994) 172 *Expertises* 183.

⁹⁹ *GTK Corporation, Datagraph c. Europe Data Système*, Tribunal de grande instance de Paris, 3^e Ch., 6 avril 1994, rapporté dans (1994) 177 *Expertises* 357.

¹⁰⁰ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33; la Loi sur le droit d'auteur du 22 avril 1941 ne mentionne pas expressément les logiciels mais la jurisprudence a reconnu que le droit d'auteur était un moyen de protection approprié; voir P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 312; Pietro TAMBURRINI, « Software protection — the situation in Italy », (1988) 5 *Computer L. & Prac.* 82; S. PASTORE, « La protection juridique du logiciel en Italie », (1988) *Cahiers Lamy du droit de l'informatique* (G) 13.

¹⁰¹ Voir *infra*, section II.C.2.

¹⁰² Loi n° 489 du 19 décembre 1992, art. 12.

¹⁰³ Decreto legge n. 518 del 29-12-92, Gazzetta Ufficiale N. 306 del 31-12-92; voir Vittorio FROSINI, « La loi sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs », (1993) 163 *Expertises* 257, 258.

¹⁰⁴ « L'Italie se dote d'un registre sur les logiciels », (1994) 177 *Expertises* 374.

¹⁰⁵ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 33; la loi colombienne prévoit une exception pour les professeurs qui demeurent propriétaires de leurs créations.

droits à son employeur dans son contrat de travail. L'employeur peut ainsi utiliser les programmes d'ordinateur en conformité avec le contrat d'emploi¹⁰⁶.

Rappelons que ces pays offrent généralement la possibilité de convenir autrement par écrit de la propriété du logiciel, bien qu'il soit très rare qu'un employé obtienne une telle entente¹⁰⁷. L'image classique de l'auteur autonome créant en toute liberté s'estompe pour faire place à celle d'un auteur qui dépend de son employeur. Le contrat d'emploi est habituellement dicté par l'employeur et le salarié jouit d'une mince marge de manoeuvre¹⁰⁸. De même, les salariés n'ont pas tous le réflexe de réserver explicitement un droit d'auteur sur leurs créations, ignorant souvent la nature de leurs droits¹⁰⁹.

2. La propriété de l'employé

Plusieurs pays octroient à l'auteur du logiciel un droit initial de propriété sur ses créations, certains à condition qu'existe un contrat de louage de service, d'autres sans distinguer entre la présence d'un contrat de louage de service ou d'ouvrage, comme nous le soulignerons ci-après. Nous examinerons aussi la législation particulière de quelques pays, notamment celles de la Russie et de la Chine, et terminerons par un rappel des pays dont les lois sont silencieuses quant aux créations des employés.

a) *Contrat de louage de service*

Sauf convention contraire, quelques pays ont initialement choisi de conférer la propriété initiale du logiciel à l'employé lié par un contrat de louage de service, dont l'Allemagne¹¹⁰, la Hongrie¹¹¹, la République Tchèque¹¹², la Yougosla-

¹⁰⁶ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 35; voir P. SETHSATHIRA, « Protection of computer technology under Thai laws », (1986) 4 *Chulalongkorn L. Rev.* 10.

¹⁰⁷ Voir *infra*, Section II.B., les désavantages du régime de protection offert par le droit d'auteur.

¹⁰⁸ L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 300.

¹⁰⁹ Alfred P. MEIJBOOM, « Software Protection in "Europe 1992" », (1990) 16 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 407, 434.

¹¹⁰ L'inclusion des logiciels à l'article 2(2) de la Loi sur le droit d'auteur allemande (*Urheberrechtsgesetz*) s'est effectuée le 24 juin 1985 par une modification législative, suite aux pressions exercées en ce sens par le *Committee on the Economy in the Lower House of the German Parliament*; voir Moritz ROTTINGER, « The legal protection of computer programs in Germany : renunciation of copyrights? », (1987) 4 *Computer L. & Prac.* 34, 36; Ulrich LOEWENHEIM, « Legal protection for computer programs in West Germany », (1989) 4 *High Tech. L.J.* 187; M. RACICOT, *loc. cit.*, note 53, 41; M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 20; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 309.

¹¹¹ Le Décret n° 15 sur la protection du logiciel par le droit d'auteur a été promulgué le 12 juillet 1983 et modifié par le Décret n° 18 du 24 août 1988; voir Josif E. MAMIOFA et Corien PRINS, « Protecting Computer Programs — The Soviet Perspective », (1991) 22 *Int'l. Rev. Ind. Prop. & Copy. L.* 605, 613; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 4; György PALOS, « Hongrie, la pratique des droits d'auteur », (1990) 133 *Expertises* 397.

¹¹² La loi sur le droit d'auteur dut être modifiée le 29 mars 1990 pour y insérer les logiciels; J.E. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 4.

vie¹¹³, le Danemark¹¹⁴, la Belgique¹¹⁵, la Côte-d'Ivoire¹¹⁶, l'Éthiopie¹¹⁷, le Maroc¹¹⁸, le Portugal¹¹⁹, l'Afrique du Sud¹²⁰, la Bulgarie¹²¹ et la Finlande¹²². Au Guatemala, les mesures contractuelles permettent de déterminer les droits d'usage de l'employeur relatifs aux créations appartenant à un salarié¹²³.

L'évolution des législations des pays membres de la Communauté européenne, principalement grâce à la Directive du 14 mai 1991, a permis plus récemment d'uniformiser le droit d'auteur de ces États, comme il sera démontré plus loin. Il suffit de constater, pour les fins de cette catégorie, que de moins en moins de pays adhèrent au principe de la propriété de l'auteur salarié, préférant octroyer la titularité du logiciel au profit de l'employeur, tel qu'explicité dans la section précédente.

C'est ainsi que l'Allemagne, la Belgique, le Danemark et le Portugal ont depuis peu révisé leur position pour se rallier à la vague européenne qui préconise la désignation de l'employeur comme premier titulaire des droits sur les logiciels créés par des employés.

¹¹³ Les programmes d'ordinateur furent ajoutés à la loi sur le droit d'auteur le 11 avril 1990; J.E. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 4.

¹¹⁴ L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 287.

¹¹⁵ *Id.*; la Belgique, contrairement au Danemark, a tardé à modifier sa Loi sur le droit d'auteur pour y inclure les logiciels; Loi du 30 juin 1994, Moniteur belge du 27 juillet 1994, p. 191315; voir J.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 311; B. LEJEUNE, « Protections juridiques du logiciel en droit belge », (1986) 105 *J. Tribun.* 605; F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, « La directive de la CEE du 14 mai 1991 et la protection des programmes d'ordinateur en droit belge », (1991) 110 *J. Tribun.* 982; B. HUBO, *loc. cit.*, note 86, 154.

¹¹⁶ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 34.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*; voir Loi n° 109-91 de décembre 1991.

¹²⁰ La Loi sur le droit d'auteur 98 de 1978, modifiée par les lois 56 de 1980, 66 de 1983, 52 de 1984 et plus récemment en 1992, est calquée sur le *Copyright Act* de 1956 de l'Angleterre et la décision *Northern Office Micro Computers Pty. v. Rosenstein*, précitée, note 14, a établi que les logiciels étaient susceptibles de protection par le droit d'auteur; R. KIMINO, « La protection du logiciel en droit africain », (1990) *Rec. Penant* 246.

¹²¹ La Bulgarie a adopté dès 1979 la Loi n° 6 sur la protection des programmes d'ordinateur puis, en 1982, le Décret 8-1982 du comité d'État sur la planification et le système unifié pour l'informatique sociale (1982, Gazette officielle n° 75) et enfin, le 28 août 1987, le Décret n° 1 du même comité (1987, Gazette officielle n° 30); voir M.-H. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 613; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 319; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 5.

¹²² Jorma A.J. KUOPUS, « Protection of Legal Interests Related to Software Programs in Finland », (1985) *Computer L. & Prac.* 48, 50.

¹²³ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 35.

b) *Contrats de louage de service ou d'ouvrage*

L'Équateur¹²⁴, le Congo¹²⁵ et le Cameroun¹²⁶ ne distinguent pas les logiciels créés en vertu d'un contrat de louage de service ou de louage d'ouvrage et accordent un droit initial de propriété à l'employé ou à l'entrepreneur indépendant, le cas échéant. En général, ce dernier bénéficie de la titularité des droits sur son oeuvre dans tous les pays qui n'octroient un droit de propriété à l'employeur que lorsqu'un logiciel est créé par un employé, soit selon le critère du contrat de louage de service, soit selon celui de la création dans l'exécution des fonctions de l'employé. Selon une interprétation *a contrario* de ces dispositions, les oeuvres informatiques développées en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage appartiennent à leur créateur.

c) *Situations particulières*

En Russie, bien que le projet de loi sur le droit d'auteur prévoyait que le logiciel appartenait *a priori* à l'employé, l'employeur détenait un droit d'exploitation que l'employé pouvait transférer à un autre employeur si le premier n'en faisait aucune utilisation pendant trois ans. Opérant un coup de barre rigoureux, la Fédération de Russie s'est dotée d'une loi particulière sur la protection juridique des programmes pour calculatrices et ordinateurs et des bases de données le 23 septembre 1992¹²⁷.

Dès le 30 novembre 1988, le comité d'État pour la technologie par ordinateur et l'informatique avait émis un décret reconnaissant l'application du droit d'auteur aux logiciels¹²⁸. Ce décret fut abrogé le 1^{er} janvier 1991, conformément à l'entente intervenue le 1^{er} juin 1990 entre l'U.R.S.S. et les États-Unis sur les relations commerciales entre ces deux nations¹²⁹. Depuis, la loi sur la propriété du 24 décembre 1990 maintient que les logiciels sont matière à droit d'auteur¹³⁰.

Durant cette année, deux comités ont présenté un projet de loi sur la protection des logiciels¹³¹. Très peu de leurs recommandations furent retenues. Dans la nouvelle loi, l'étendue de la protection est fixée à 50 ans après le décès de l'auteur¹³². Aussi, lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un salarié dans le cadre de son travail ou sur ordre de l'employeur, le titulaire des droits

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*, p. 34.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Loi n° 3523-1 du 23 septembre 1992, en vigueur le même jour et arrêtés d'application n° 3527-1 et 3528-1; voir Catherine JOFFROY, « La protection juridique des programmes pour calculatrices et ordinateurs, des bases de données ainsi que la protection de la typologie des microsystèmes intégrés en Fédération de Russie » (1993) 38 *Les petites affiches* 14.

¹²⁸ M.-H. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 615.

¹²⁹ *Id.*, 616.

¹³⁰ *Id.*, 617; BIT, *op. cit.*, note 37, p. 34.

¹³¹ M.-H. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 617.

¹³² *Id.*, 628.

patrimoniaux liés à cette création, à défaut de convention contraire, est maintenant l'employeur¹³³.

Incidentement, en Chine, l'employeur possède un droit prioritaire d'utilisation pour son entreprise et pendant deux ans, l'employé ne pourra accorder de licence qu'avec l'autorisation de ce dernier¹³⁴. La Chine s'est dotée d'une loi sur le droit d'auteur le 7 décembre 1990 qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1991, simultanément à un règlement d'application¹³⁵, lequel établit un système de dépôt des logiciels¹³⁶.

Une réglementation complémentaire, adoptée le 4 juin 1991 est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1991¹³⁷. La réglementation précise que malgré qu'un employé ait créé un logiciel en dehors de l'exécution de ses fonctions, que cette création ne soit pas directement reliée aux fonctions pour lesquelles il a été embauché et que l'employé n'ait utilisé aucun équipement de l'entreprise, le droit d'auteur sur le logiciel échoit à l'employeur¹³⁸ pour une durée de 25 ans¹³⁹. Cependant, le logiciel créé sur commande appartient, sauf stipulations contraires, à l'auteur, l'entrepreneur indépendant¹⁴⁰.

En vertu du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre la Chine et les États-Unis¹⁴¹, les auteurs américains bénéficient de la protection du droit d'auteur chinois dès qu'ils ont complété leurs logiciels et ne sont pas soumis à l'obligation d'enregistrer leurs logiciels dans ce pays¹⁴². Cependant, peu de pays ont conclu des accords de réciprocité, ce qui laisse entrevoir de sérieuses difficultés d'application concrète d'un régime international de protection des logiciels.

d) *Lois silencieuses sur les créations des employés*

En l'absence de dispositions législatives déterminant la propriété d'un logiciel créé par un employé, le principe général octroyant la propriété d'une oeuvre à

¹³³ *Id.*, 615.

¹³⁴ Ghislain ROUSSEL, « Le droit d'auteur... c'est aussi chinois », (1991) 3 *Cahiers prop. intel.* 367, 368.

¹³⁵ Shu ZHANG, « Vers une protection adéquate de la propriété intellectuelle — de la première loi chinoise sur le droit d'auteur », (1991) *Int'l. Bus. L.J.* 883, 896.

¹³⁶ *Id.*, 897.

¹³⁷ Henry Hong LIU, « Legal aspects of software protection in China : the computer software protection regulations », (1993) 9 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 469.

¹³⁸ *Id.*, 496 : *Regulations on Computer Software Protection of the People's Republic of China*, art. 14.

¹³⁹ *Id.*, art. 15.

¹⁴⁰ *Id.*, art. 12.

¹⁴¹ *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of China*, 4 nov. 1946, 63 Stat. 1299, T.I.A.S. 1871.

¹⁴² Ching-Ning S. CHANG, « Computer Software Protection in the Republic of China (Taiwan) », (1987) 7 *Computer L.J.* 455, 462.

son créateur devient l'unique guide d'attribution. Cette situation existerait toujours en Argentine, en Autriche, et en Finlande¹⁴³.

Par ailleurs, d'autres pays comme les Pays-Bas¹⁴⁴, le Guatemala, le Paraguay, la Thaïlande et de nouveau la Finlande et l'Argentine n'auraient pas à ce jour inclus nommément les logiciels dans leurs lois sur le droit d'auteur¹⁴⁵, non plus que l'Irlande et le Luxembourg¹⁴⁶. Les Pays-Bas¹⁴⁷, l'Argentine et l'Autriche ont toutefois reconnu que les logiciels étaient visés par le droit d'auteur¹⁴⁸.

Au Mexique et au Vénézuéla, l'enregistrement des logiciels a été admis avant que les logiciels ne soient officiellement protégés par le droit d'auteur¹⁴⁹; la Loi sur le droit d'auteur mexicaine, entrée en vigueur en août 1991, vise dorénavant les logiciels¹⁵⁰.

Au cours des dix dernières années, les logiciels ont fait l'objet de législations spécifiques qui accordent enfin à leurs auteurs une protection nationale, entre autres dans les pays asiatiques tels Taiwan¹⁵¹, Singapour¹⁵², la Corée¹⁵³ et la Malaisie¹⁵⁴ et, à travers le monde, notamment en Indonésie¹⁵⁵, en République Dominicaine¹⁵⁶, en Israël¹⁵⁷, en Suède¹⁵⁸, en Colombie et au Chili¹⁵⁹.

¹⁴³ BIT, *op. cit.*, note 37, p. 34.

¹⁴⁴ B. HUBO, *loc. cit.*, note 86, 154; remarquons que les pays de la CEE sont plus susceptibles de modifier leur loi sur le droit d'auteur pour se conformer à la Directive de la CEE du 14 mai 1991 (voir *infra*, section II.C.2).

¹⁴⁵ P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 312; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 54.

¹⁴⁶ K. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 348; la Grèce a adopté une Loi sur le droit d'auteur en février 1993 mais nos sources ne déterminent pas si elle comporte une disposition sur les logiciels; voir USTR, *op. cit.*, note 38, p. 101.

¹⁴⁷ K. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 347.

¹⁴⁸ T. DREIER, *loc. cit.*, note 13, 810; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 313; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 54.

¹⁴⁹ La Loi sur le droit d'auteur du Vénézuéla a plus de 30 ans et un projet de loi la modifiant est en suspens depuis environ 10 ans; T. DREIER, *loc. cit.*, note 13, 819.

¹⁵⁰ A. MILLÉ, *loc. cit.*, note 65.

¹⁵¹ *Copyright Act of 1985*, modifié en juin 1992.

¹⁵² *Copyright Act 1987*, Gazette gouvernementale du 2 février 1987.

¹⁵³ *Computer Program Protection Act 1986*.

¹⁵⁴ *Copyright Act 1987*, Act 332, Gazette du 21 mai 1987.

¹⁵⁵ *Law of the Republic of Indonesia n° 7*, 19 septembre 1987, modifiant la Loi n° 6 sur le droit d'auteur de 1982; l'Indonésie a également conclu une entente bilatérale avec les États-Unis, en vigueur à compter du 1^{er} août 1989.

¹⁵⁶ Loi n° 32-86 du 4 juillet 1986, Gaceta Oficial n° 9689, 15 juillet 1986, p. 1239.

¹⁵⁷ *Copyright Ordinance Amendment (n° 5) Act*, 1988.

¹⁵⁸ Loi sur le droit d'auteur, S.F.S. 1989:396, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989.

¹⁵⁹ Loi n° 18 433 du 17 octobre 1985, Diario Oficial de la Republica de Chile, p. 3754.

Remarquons que certains pays arabes n'ont aucune loi sur le droit d'auteur, tels le Bahreïn, le Koweït, Oman et Qatar (ces deux derniers pays en sont à la rédaction d'une loi sur le droit d'auteur), contrairement à l'Arabie Saoudite et aux Émirats arabes unis¹⁶⁰.

3. La propriété conjointe de l'employeur et de l'employé

Un seul pays avait tranché la poire en deux pour décerner une propriété conjointe du logiciel à l'employeur et à l'employé. Cette solution innovatrice est apparue au début des années 70 au Brésil tant à l'égard des personnes liées par un contrat de louage de service qu'à celles qui travaillaient comme entrepreneurs indépendants, selon les termes d'un contrat de louage d'ouvrage¹⁶¹. Cette loi fut récemment remplacée par des dispositions plus conformes à la législation appliquée dans d'autres pays¹⁶².

À ce jour, seul le Code de propriété intellectuelle brésilien prévoit que l'employeur et le contracteur, sauf convention contraire, partagent des droits de brevet pour les logiciels développés dans le cours des fonctions de l'employé ou du travailleur autonome si ces derniers n'ont pas eu recours à l'équipement de l'employeur¹⁶³. Cette situation pour le moins surprenante laisse sous-entendre que lorsque la loi de 1987 est silencieuse, le Code de propriété intellectuelle supplée aux dispositions du droit d'auteur en accordant un brevet aux logiciels.

B. Le statut de l'employé

Bien que la législation soit relativement succincte quant aux créations de logiciels par des employés, il s'avère pourtant nécessaire de bien identifier le statut de l'employé afin de mieux préciser son droit de propriété sur un logiciel qu'il a mis au point. Rappelons toutefois qu'aucune des lois sur le droit d'auteur étudiées ne définit le terme « employé ». Les tribunaux de chaque pays doivent donc faire appel aux définitions contenues dans d'autres lois, souvent des lois du travail, pour départager l'employé du travailleur autonome, ce qui devient quelquefois problématique¹⁶⁴. Pour ce faire, l'étude se divisera en trois catégories de créateurs ; en premier, l'employé embauché à titre de créateur de logiciels, ensuite l'employé embauché à un autre titre et enfin, le travailleur autonome.

1. L'employé embauché à titre de créateur de logiciels

Exception faite des pays qui octroient un droit d'auteur à l'employé, peu de problèmes se posent lorsqu'un employé est spécifiquement embauché pour

¹⁶⁰ USTR, *op. cit.*, note 38.

¹⁶¹ Loi n° 5988 du 14 décembre 1973, art. 15.

¹⁶² Voir *supra*, note 54.

¹⁶³ M.S. MENSİK et A.J. RADSAN, *loc. cit.*, note 54, 156 et 157.

¹⁶⁴ M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 662 et 663.

développer des programmes d'ordinateur. À défaut d'une convention à l'effet contraire, l'employeur sera le premier titulaire du droit d'auteur et son droit de propriété ne sera normalement pas contesté¹⁶⁵.

Par contre, quand le droit d'auteur initial échoit à l'employé qui a pour fonction de développer des programmes d'ordinateur, l'employeur n'est pas nécessairement dépourvu de tout droit. Par exemple, jusqu'à tout récemment, en Allemagne, l'employé était censé transférer immédiatement à son employeur un droit d'utilisation des logiciels qu'il avait créés conformément aux fonctions qui lui étaient attribuées¹⁶⁶, même si la propriété des programmes d'ordinateur lui revenait initialement¹⁶⁷. Nous avons également vu un peu plus tôt que la Chine et la Russie avaient opté pour l'octroi d'un droit d'exploitation à durée déterminée en faveur de l'employeur.

2. L'employé embauché à un autre titre

En arrêtant le critère « dans l'exécution de ses fonctions » pour déterminer qu'un employeur obtient un droit d'auteur initial dans le logiciel développé par son employé¹⁶⁸, les lois sur le droit d'auteur visent tant l'employé qui a comme fonction principale de créer des logiciels que celui à qui l'employeur demande ou à qui celui-ci permet, accessoirement à ses fonctions habituelles, de concevoir un programme d'ordinateur.

Certains pays tempèrent les droits attribués à un employé normalement premier titulaire du droit d'auteur, comme ce fut le cas en Allemagne, pour décerner à l'employeur un droit d'exploitation du logiciel¹⁶⁹ même si le salarié est embauché à un autre titre que celui de concepteur de logiciels. Une décision du Bundesarbeitsgericht, la Cour fédérale du travail allemande, a littéralement innové dans le domaine du droit d'auteur des employés¹⁷⁰ en élargissant ainsi la portée du droit d'exploitation de l'employeur.

Dans cette affaire, un ingénieur en construction a convaincu son employeur de faire l'acquisition d'un ordinateur sur lequel seraient utilisés des logiciels développés progressivement par l'ingénieur, avant et après son embauche. Lorsque l'ingénieur quitta son emploi pour travailler à son compte et emporta

¹⁶⁵ B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 38; A.P. MEIJBOOM, *loc. cit.*, note 109, 434; Y. LEMIRE, « The programmer as employee », (1984) 1 *Computer L.* 81; *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, précité, note 20, 190; *Dubois c. Systèmes de gestion et d'analyse de données média, Média-Source Canada Inc.*, J.E. 91-922 (C.S.), p. 29 du texte intégral; *Orbitron Software Design Corporation c. M.I.C.R. Systems*, (1991) 32 C.P.R. (3d) 414, 444 (C.S.C.-B.).

¹⁶⁶ *Statik Program*, (1984) G.R.U.R. 429 (Cour fédérale du travail); H. SAITO, « A judicial person (employer) as software author », (1988) 108 *Arch. Urheb. FFTR* 117.

¹⁶⁷ Gert WURTENBURGER, « The protection of computer-software in the Federal Republic of Germany », (1986) *Computer L. & Prac.* 166, 167.

¹⁶⁸ Voir les pays énumérés aux sections I.A.1.a et I.A.1.c.

¹⁶⁹ *OLG Koblenz*, 13 août 1981, (1983) *Betriebsberater* 992.

¹⁷⁰ Décision du 13 septembre 1983, (1984) *Der Betrieb* 991.

avec lui ses logiciels, l'employeur intenta un recours pour que lui soient remis les logiciels.

La Cour déclara que l'employeur avait acquis un droit d'utilisation pour ces programmes et ordonna que ceux-ci lui soient transmis. Présumant que les logiciels étaient visés par le droit d'auteur, ce que la loi sur le droit d'auteur allemande ne clarifia que deux ans plus tard, la Cour du travail jugea que l'employeur avait obtenu une licence non exclusive pour faire usage des logiciels même après le départ de l'employé.

Dans un premier temps, le tribunal a déclaré sans pertinence le fait que l'employeur avait autorisé l'ingénieur à développer les logiciels sur les lieux de l'entreprise et avait défrayé le coût de l'ordinateur. Comme le contrat d'emploi était silencieux quant aux créations de l'employé, la Cour a retenu qu'il n'entrait pas dans les fonctions typiques d'un ingénieur en construction de développer des logiciels et que ces créations lui appartenaient.

Malgré cela, puisque l'employeur avait investi dans l'achat d'un ordinateur et qu'il avait réorganisé son mode de fonctionnement dans l'entreprise en conséquence, l'employeur ne pouvait, selon le raisonnement discutable de la Cour, s'attendre à ce que la licence devienne caduque au départ de l'employé. Par surcroît, l'ingénieur ne reçut aucune compensation financière pour les logiciels, le tribunal statuant qu'il avait tacitement consenti à ne pas réclamer de droits compensatoires pour l'utilisation des logiciels par l'employeur¹⁷¹.

L'article 36 de la loi sur le droit d'auteur allemande aurait permis d'accorder une compensation à l'employé si son employeur, présumé compenser suffisamment l'employé, avait tiré des bénéfices disproportionnés de l'utilisation des programmes par rapport au salaire versé à l'ingénieur, mais il ne semble pas que tel ait été le cas en l'espèce.

3. L'employé par rapport au travailleur autonome

Aux États-Unis, la notion de « *work for hire* »¹⁷² a provoqué des remous en associant sous cette expression tout travail exécuté par un employé dans l'exercice de ses fonctions¹⁷³, ainsi que tout travail sur commande¹⁷⁴ (contrat de louage d'ouvrage), en vue d'être utilisé (1) comme contribution à un ouvrage collectif, (2) comme partie d'un film ou d'un autre ouvrage audio-visuel, (3) comme traduction, (4) comme ouvrage supplémentaire, (5) comme compilation, (6) comme texte instructif, (7) comme test, (8) comme matériel de réponse à un

¹⁷¹ R. STACHELS, *loc. cit.*, note 18, 60.

¹⁷² Copyrights (1988) 17 U.S. Code, art. 101; cette doctrine fut introduite dans le *Copyright Act* de 1909, c. 320, art. 62; voir Daniel T. BROOKS, *13th Annual Computer Law Institute*, New York, Practising Law Institute, 1991, p. 219 et suiv.; M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30; John C. LAUTSCH, *American Standard Handbook of Software Law*, Reston (Virginia), Reston Publishing Company, 1985, p. 132 et suiv.

¹⁷³ Copyrights (1988) 17 U.S. Code, art. 101(1), p. 5.

¹⁷⁴ *Id.*, art. 101(2), p. 5.

test, ou (9) comme atlas, à la condition qu'une entente écrite soit signée selon laquelle l'ouvrage sera considéré comme un « *work for hire* »¹⁷⁵.

Par l'effet de la loi, les logiciels créés sur commande et qui correspondent à l'un des items énumérés, de même que ceux développés par des salariés dans l'exercice de leurs fonctions, sont la propriété, pour ces derniers, de l'employeur et pour les premiers, de la personne qui a commandé une oeuvre mentionnée à l'article 101 et qui l'a désignée par écrit comme étant un « *work for hire* »¹⁷⁶. En conséquence, si un employé a créé un logiciel lorsqu'il n'était pas dans l'exécution de ses fonctions, l'employeur ne pourra prétendre en être le propriétaire¹⁷⁷.

Généralement, à défaut de dispositions spécifiques, les logiciels développés sur commande appartiennent à leurs créateurs et non au client qui en a fait la demande et défrayé le coût¹⁷⁸. De même, si une entreprise retient les services d'un travailleur autonome pour créer conjointement un logiciel, celui-ci détiendra un droit d'auteur sur la portion du logiciel qu'il a contribué à développer¹⁷⁹. Cependant, en pratique, la propriété du logiciel est souvent attribuée, par contrat écrit, au profit de la personne qui a donné la commande¹⁸⁰. Il peut parfois s'avérer difficile de distinguer le statut du créateur de logiciel, à savoir s'il s'agit d'un employé ou d'un travailleur autonome, comme nous l'avons souligné.

Pour départager l'employé du travailleur autonome, l'auteur canadien Roger T. Hughes dresse une analogie entre le droit fiscal, le droit du travail et le droit d'auteur pour suggérer les critères du « test de la fourchette » (*four-fold test*) qui sont les suivants :

- (1) propriété des outils (s'ils appartiennent à l'employeur, il y a indice d'une relation employeur-employé) ;
- (2) lien de subordination (qui indique une relation employeur-employé) ;
- (3) risque de perte ou chance de profit (attribut de l'entrepreneur autonome) ; et

¹⁷⁵ J.C. LAUTSCH, *op. cit.*, note 172, p. 134 et suiv.; voir J. GERSON et D.J. LEVINSON, « Works created in the course of employment and works made for hire : a comparison between Canadian and American copyright laws », (1983) 2 *Dr. d'auteur* 16.

¹⁷⁶ Copyrights (1988) 17 U.S. Code, art. 201(b); Daniel T. BROOKS, *Introduction to Computer Law*, New York, Practising Law Institute, 1985, p. 622; du même auteur, voir *op. cit.*, note 172, pp. 301 et 302; pour un historique de cette doctrine, voir M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 668 et suiv.; A.P. MEIJBOOM, *loc. cit.*, note 109, 433 et suiv.; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 19.

¹⁷⁷ Raymond T. NIMMER, *The Law of Computer Technology*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1985, p. 4-4.

¹⁷⁸ B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 39; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 50; Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, 1993, texte annoté*, Scarborough, Carswell, 1992, p. 227; M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 18.

¹⁷⁹ B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 39.

¹⁸⁰ Daniel REMER, *Legal Care for your Software*, Don Mills (Ontario), Addison-Wesley Publishing Company, 1982, pp. 61-68.

- (4) intégration des fonctions au sein de l'entreprise (s'il y a forte intégration, il y a de meilleures chances qu'il s'agisse d'un employé)¹⁸¹.

Ces critères furent tous plus ou moins considérés dans bon nombre de décisions en Australie et en Angleterre pour départager le travailleur autonome du salarié¹⁸².

Dans *Community for Creative Non-Violence v. Reid*¹⁸³, la Cour suprême des États-Unis a résolu le conflit jurisprudentiel qui régnait parmi les instances inférieures en déterminant le statut d'employé en vertu des principes du « *agency law* » (relation maître-commettant), lesquels incluent :

- a) l'étendue du contrôle que le maître peut exercer selon l'entente sur les détails de l'ouvrage¹⁸⁴ ;
- b) la personne employée est engagée dans une autre métier ou un autre commerce ;
- c) la nature du travail, selon qu'il est habituellement exécuté sous la supervision d'un employeur ou par un spécialiste sans surveillance ;
- d) la compétence requise pour ce genre de travail ;
- e) la propriété des instruments ou des outils et le lieu de travail ;
- f) la durée du travail ;
- g) le mode de paiement, à taux horaire ou par un montant forfaitaire ;
- h) l'ouvrage entre dans le cours des affaires de l'« employeur » ;
- i) l'intention des parties d'entretenir une relation maître-commettant ;
- j) la personne pour qui est exécuté l'ouvrage opère ou non une entreprise.

Tous ces facteurs ne sont pas impératifs et devraient être soupesés dans leur ensemble. La définition du terme « employé » demeure encore très floue de

¹⁸¹ Roger T. HUGHES, Susan J. PEACOCK, Neal ARMSTRONG et David SMITH, *Hughes on Copyright and Industrial Design*, Markham (Ontario), Butterworths, 1984, p. 443; ce test fut appliqué en droit d'auteur dans *École de Conduite Tecnic Aubé Inc c. 1509 8858 Québec Inc*, (1987) 12 C.I.P.R. 284, 307-309 (C.S. Québec) et *BBM Bureau of Measurement c. Cybernauts Ltd.*, (1992) 42 C.P.R. (3d) 180, 185 et 186 (Ont. Ct. Gen. Div.).

¹⁸² Voir Barry TORNO, *La propriété du droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981, p. 47 et suiv.; *Beloff c. Pressdram Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.), repris dans N. TAMARO, *op. cit.*, note 178, p. 230; au Québec, voir *supra*, section I.A.1.b.

¹⁸³ *Community for Creative Non-Violence c. Reid*, 652 F.Supp. 1453 (D.D.C. 1987), infirmé par 846 F.2d 1485 (D.C. Cir. 1988), confirmé par 109 S. Ct. 2166 (1989).

¹⁸⁴ Ce critère a perdu beaucoup d'importance dans le domaine du logiciel où même les employés créateurs possèdent une large part d'initiative dans l'exécution de leurs fonctions; voir M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 679-682; dans *Aldon Accessories Ltd. v. Spiegel Inc*, 738 F.2d 548 (2d Cir. 1984), cert. rejeté, 469 U.S. 982 (1984), le tribunal avait exigé qu'il y ait un contrôle réel et effectif et non seulement un droit de contrôler l'ouvrage. Ce n'était qu'à défaut de ce faire que l'article 101(2) était appliqué; voir Stacy L. JARETT, « Joint Ownership of Computer Software Copyright : A Solution to the Work for Hire Dilemma », (1989) 137 *U. Pa. L. Rev.* 1251, 1260 et suiv.

nos jours et les tribunaux de chaque nation étudient fréquemment chaque cas comme un cas d'espèce¹⁸⁵.

Contrairement aux employés qui ont l'avantage de pouvoir négocier des conventions collectives de travail, les travailleurs autonomes ont peu de ressources pour faire contre-poids à la puissance financière de ceux qui les emploient.

L'article 101(2) étant restrictivement exhaustif, le *Copyright Act* américain protège les créateurs autonomes en leur accordant la propriété des programmes d'ordinateur qu'ils ont développés¹⁸⁶, sous réserve de quelques exceptions exhaustives, insuffisantes aux yeux des pays étrangers qui voudraient qu'un plus grand nombre de créations appartiennent aux clients qui commandent un logiciel¹⁸⁷.

Des modifications ont été suggérées pour préciser les conditions du « *work for hire* » à l'égard des programmes d'ordinateur, de façon à s'adapter aux particularités inhérentes à ce domaine¹⁸⁸. Fait à remarquer, plusieurs auteurs de différents pays utilisent l'expression « *work for hire* » pour désigner habituellement les contrats d'entreprise ou de louage d'ouvrage (*commissioned works*) sans les contrats de travail¹⁸⁹ (contrats de louage de service), contrairement aux États-Unis.

Il demeure que la doctrine du « *work for hire* » n'est pas appliquée clairement par la jurisprudence américaine. Par exemple, dans *Aetna-Standard Eng'g Co. v. Rowland*¹⁹⁰, un ingénieur qui avait développé un logiciel dans l'exécution de ses fonctions a conservé la propriété de sa création parce qu'il n'avait pas reçu de compensation pour son programme d'ordinateur et que son employeur n'en avait pas réclamé la propriété. La Cour a donc rejeté l'application littérale de l'article 101 du *Copyright Act*. Comme les ressources de l'employeur avaient été mises en cause dans le processus de création, ce dernier obtint néanmoins un droit d'utilisation gratuit.

Une exception semble également naître relativement aux logiciels mis au point en milieu universitaire¹⁹¹. Une auteure américaine suggère que les créateurs de logiciels optent pour une propriété conjointe (*joint ownership*) pour

¹⁸⁵ S. JARETT, *loc. cit.*, note 184, 1251; L. MYLES-SANDERS, « Who owns the software? Intellectual property in the computer industry after CCNV v. Reid », (1991) 70 *Mich. B.J.* 664.

¹⁸⁶ D.T. BROOKS, *op. cit.*, note 172, p. 238.

¹⁸⁷ M.R. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 695.

¹⁸⁸ *Id.*, 701.

¹⁸⁹ L. BYUNGKWON, *loc. cit.*, note 66, 177; B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 40.

¹⁹⁰ *Aetna-Standard Eng'g v. Rowland*, 493 A.2d 1375 (Pa. Super. Ct. 1985); Raymond T. NIMMER, *The Law of Computer Technology*, 1991 *Cumulative Supplement* n° 2, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1991, p. S4-2.

¹⁹¹ *Id.*, p. S4-6.

mettre fin au dilemme que pose le « *work for hire* »¹⁹², même s'il s'agit de contributions indépendantes¹⁹³.

C. Les zones grises de la création par l'employé

Une fois l'employé qualifié de tel, d'autres considérations viennent perturber l'état du droit en matière de droit d'auteur des salariés. En effet plusieurs zones grises ponctuent le processus de création. Dans ces circonstances, les tribunaux sont dépourvus d'outils de mesure et doivent à leur tour faire preuve d'imagination. Pour illustrer quelques conditions particulières de la création d'un logiciel par un employé, nous nous attarderons à la création à domicile, la création sur les lieux du travail à des fins personnelles et la création progressive d'un même logiciel chez plusieurs employeurs.

1. La création à domicile

Les lois sur le droit d'auteur qui octroient à l'employé la propriété d'un logiciel qu'il a créé ne prévoient pas toutes que le processus de création doive se dérouler dans l'exécution des fonctions de l'employé¹⁹⁴. Il demeure donc possible qu'un employé développe un programme d'ordinateur pendant ses heures de loisir et que son employeur en obtienne non pas la propriété, mais surtout un droit d'exploitation sans même considérer l'utilité ou la pertinence du logiciel pour l'entreprise.

Par contre, en France, la Cour d'appel de Paris a reconnu dans *Babolat Maillot Witt SA c. Pachot*¹⁹⁵ qu'un chef comptable détient un droit d'auteur sur les logiciels qu'il a développés à ses heures, sans obtenir rémunération de son employeur, et sans utiliser les moyens de la société où il travaillait, alors qu'une telle activité n'entraîne pas dans l'exécution normale de ses fonctions. Peu de considération fut accordée au fait que l'employé avait mis sur pied ce programme à l'intention de son employeur¹⁹⁶. Ce dernier n'obtint aucun droit d'exploitation sur le logiciel.

Lorsqu'un employé met au point, de sa propre initiative, un logiciel pendant ses temps libres pour faciliter l'exécution de son travail, le droit d'auteur sur sa

¹⁹² S.L. JARETT, *loc. cit.*, note 184, 1275.

¹⁹³ *Id.*, 1277.

¹⁹⁴ Voir par exemple la Russie, *supra*, section I.A.2.c.

¹⁹⁵ (1984) E.C.C. 282, infirmé sur un autre point par la Cour de cassation le 7 mars 1986 (arrêt 237P).

¹⁹⁶ Voir K.A. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 347; Ysolde GENDREAU, « Le logiciel et le droit d'auteur : Réflexions comparatives », (1987) 32 *R.D. McGill* 864, 868; J. JONQUÈRES, *loc. cit.*, note 86, 4.

création devrait lui être attribué et l'employeur devrait négocier avec ce dernier un droit d'exploitation¹⁹⁷.

2. La création sur les lieux du travail à des fins personnelles

Dans cette éventualité, l'employeur peut opposer que son employé a utilisé les ressources de l'entreprise pour se procurer un avantage personnel. Néanmoins, concéder à l'employeur la propriété initiale du logiciel développé dans ces conditions équivaldrait à nier tout autant le droit de propriété d'un auteur qui a composé une pièce musicale ou un poème à son travail.

De toute évidence, de plus amples distinctions s'imposent. Il serait souhaitable de considérer l'étendue des ressources que l'employé a soustraites à son employeur, de même que la période de création, comme par exemple si l'employé a créé un logiciel en dehors des heures de travail ou s'il a utilisé son lieu de travail pendant quelques minutes ou quelques mois pour réaliser sa création. En fait, il s'agit d'évaluer le préjudice subi par l'employeur au niveau de la prestation de travail dont il a été privé ou bien en termes d'utilité du logiciel pour l'entreprise, pour ne donner que ces quelques possibilités.

La jurisprudence étudiera chaque cas comme un cas d'espèce, à défaut d'une législation détaillée, et risquera ainsi de se prononcer de façon divergente sur des situations similaires.

Un auteur canadien affirme que le principe accordant la propriété des logiciels créés par un employé à son employeur s'applique également aux logiciels développés sur les lieux du travail¹⁹⁸. Suivant en partie ce raisonnement, dans *Aliments Krispy Kernels Inc. c. Morasse*¹⁹⁹, où un surintendant en électricité avait créé un logiciel en partie pendant ses heures de travail et en partie pendant ses heures de loisir, la Cour supérieure du Québec a déclaré les parties (employeur et employé) copropriétaires du logiciel et a condamné l'employeur à payer une indemnité d'un an de salaire pour avoir congédié l'employé, suite à ses demandes répétées en vue d'obtenir une compensation financière pour avoir développé le programme. Il est à remarquer que l'employeur avait utilisé cette invention mais la Cour a cru bon de lui décerner, en plus d'un droit d'exploitation, un droit de copropriété.

Une décision française a tranché différemment un litige similaire dans lequel un chef de production (transport) a développé un logiciel avec un informaticien de l'entreprise, de 1984 à 1992, en partie pendant ses heures de travail et en partie à ses propres heures, toujours sur les lieux de propriétés de l'employeur. La Cour a noté un lien entre la création et l'emploi du salarié, a constaté que ce dernier était coauteur du logiciel mais, appliquant la loi du 11 mars 1957, a

¹⁹⁷ John BORKING, « Copyright Protection of Software in Continental Europe, A Status Quo », (1984) *Computer L. & Prac.* 42, 44; N. TAMARO, *op. cit.*, note 178, p. 229; I. CHEPILLOD, *loc. cit.*, note 82, 220.

¹⁹⁸ J. KEON, *loc. cit.*, note 2, 236; *contra* : D.T. BROOKS, *op. cit.*, note 172, p. 626.

¹⁹⁹ *Aliments Krispy Kernels c. Morasse*, J.E. 93-736 (C.S.).

déclaré que l'employeur disposait du droit normal d'auteur sur cette oeuvre collective²⁰⁰.

Par ailleurs, aux États-Unis, la doctrine des « *Shop Rights* » implique que lorsqu'un employé a utilisé des heures de travail rémunérées pour développer une oeuvre à des fins personnelles ou qu'il a utilisé du matériel appartenant à son employeur, l'équité veut que l'employeur soit autorisé à utiliser cette invention, sans toutefois prétendre à un droit de propriété²⁰¹.

3. La création progressive d'un même logiciel chez plusieurs employeurs

Une autre situation délicate survient quand un employé quitte son emploi et poursuit le développement d'un logiciel chez un compétiteur²⁰². Dans les cas où l'ex-employeur a investi en termes de temps et d'argent, soit pour la formation de son employé afin que ce dernier remplisse mieux ses fonctions, comme celle de créer des logiciels, ou encore simplement du fait de la création incomplète d'un logiciel par cet employé, la situation peut paraître inéquitable à l'employeur et très avantageuse pour le compétiteur.

La loi sur le droit d'auteur, dans chaque pays, reconnaît que le droit sur toute oeuvre naît automatiquement lorsque cette dernière est complétée²⁰³. Elle ne saurait en ce sens être d'aucun secours à l'employeur. Il existe présentement un *vacuum juridique* que seules les lois sur la concurrence ou sur les secrets commerciaux peuvent combler partiellement.

II. CRITIQUE DU REGIME DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR

À la lumière de l'étude des différents régimes de protection des logiciels créés par des employés, force nous est de constater que les employés créateurs de logiciels sont aux prises avec des modes de protection imparfaits. Certes, le droit d'auteur offre plusieurs avantages mais présente aussi bon nombre de lacunes. Les perspectives d'avenir de la protection par le droit d'auteur font ainsi l'objet de maints débats que nous aborderons également dans cette seconde partie.

A. Avantages du droit d'auteur

Le droit d'auteur confère au créateur employé ou à son employeur un droit tangible, immédiat et se révèle plus souple dans son application que d'autres régimes de protection.

²⁰⁰ Alain S. c. *Société des transports en commun de l'Agglomération de Bayonne*, Tribunal de grande instance de Bayonne, 30 mai 1994, rapporté dans (1994) 178 *Expertises* 400.

²⁰¹ R.T. NIMMER, *op. cit.*, note 177, p. 4-7 et suiv.; R.T. NIMMER, *op. cit.*, note 190, p. S4-5.

²⁰² A. LUCAS, *op. cit.*, note 86, p. 233.

²⁰³ J. BORKING, *loc. cit.*, note 197, 45.

1. Un droit tangible

La jurisprudence et les lois sur le droit d'auteur ont reconnu dans la plupart des pays l'assujettissement des logiciels à un régime de protection spécifique qui prend effet aussitôt que l'oeuvre est créée. Les créateurs employés et leurs employeurs, selon chaque nation, détiennent enfin un droit tangible²⁰⁴ pour sauvegarder leurs logiciels, quoiqu'il arrive fréquemment que ce droit soit circonscrit par voie contractuelle.

Étant donné l'adhésion mondiale au droit d'auteur comme mesure de protection des logiciels, les tribunaux n'ont pas vraiment besoin que les programmes d'ordinateur soient expressément énumérés parmi les oeuvres visées par ce régime dans les lois nationales ou les conventions internationales²⁰⁵, bien qu'en définissant le terme logiciel ou programme d'ordinateur, la portée du droit d'auteur à leur égard gagne en précision, comme nous le verrons plus loin.

2. Un droit immédiat

La principale qualité du droit d'auteur consiste à matérialiser le droit du créateur dès que l'oeuvre est complétée. Si cette dernière n'est pas publiée, au sens de la loi, l'auteur présumé jouit également d'un droit exclusif de première publication²⁰⁶.

À titre de comparaison, les brevets peuvent requérir plusieurs années avant d'être accordés²⁰⁷. Le droit d'auteur est automatique²⁰⁸, peu onéreux²⁰⁹ et répond adéquatement à la production de masse que connaît l'industrie du logiciel²¹⁰.

3. Un régime souple

La reconnaissance d'un droit d'auteur tangible et immédiat s'avère également avantageuse devant les tribunaux. Au Canada, notamment, un très grand nombre de décisions judiciaires interviennent sous la forme d'injonctions

²⁰⁴ M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 593.

²⁰⁵ J. JONQUÈRES, *loc. cit.*, note 86, 2.

²⁰⁶ Par exemple, voir art. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, précitée, note 19.

²⁰⁷ Howard G. POLLACK, « The Gordian Algorithm : An Attempt to Untangle the International Dilemma Over the Protection of Computer Software », (1991) 22 *L. & Pol. Int'l. Bus.* 815, 831.

²⁰⁸ G. WURTENBURGER, *loc. cit.*, note 167, 167; K.A. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 333; H.G. POLLACK, *loc. cit.*, note 207, 835.

²⁰⁹ C.-N.S. CHANG, *loc. cit.*, note 142, 460; Brendan MAGRAB, « Computer Software Protection in Europe and the EC Parliamentary Directive on Copyright for Computer Software », (1992) 23 *L. & Pol. Int'l. Bus.* 709, 713.

²¹⁰ J. BORKING, *loc. cit.*, note 197, 42.

interlocutoires²¹¹. Dans la plupart des cas, le petit contrefacteur de logiciels sera forcé d'abandonner le cours de ses affaires après qu'une injonction interlocutoire aura restreint ses activités²¹². Dans le contexte éminemment compétitif des logiciels, les auteurs bénéficient ainsi de recours expéditifs et efficaces pour défendre leurs droits, ce que ne saurait, par opposition, garantir le droit criminel.

La souplesse du régime privé ou civil surpasse sous plusieurs aspects les recours criminels, où les sanctions sont limitées à une peine d'emprisonnement, assortie ou non d'une amende. L'article 342.1 du *Code criminel* canadien prévoit un emprisonnement maximal de dix ans pour l'utilisation non autorisée d'un ordinateur, y compris des logiciels.

En France, en sus d'une peine d'emprisonnement maximum de deux ans, les contrefacteurs sont passibles d'une amende maximale d'un million FF, pour les personnes physiques, et les personnes morales, d'une amende pouvant atteindre la somme de 5 millions FF, en sus d'une série d'interdictions telles celle de faire un appel public à l'épargne, voire sa dissolution²¹³.

De même, l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable en matière criminelle, contrairement à une preuve appréciée selon la balance des probabilités, s'avère particulièrement contraignante dans le domaine des logiciels²¹⁴. Évidemment, certains opineront qu'un défendeur insolvable risque peu au civil alors que s'il est incarcéré, la sentence aura au moins un effet dissuasif²¹⁵.

Les tribunaux canadiens ont souvent examiné la jurisprudence américaine en matière de protection des logiciels et l'approuvent généralement, avec certaines réserves, puisque le libellé de leurs lois sur le droit d'auteur respectives diffère quelque peu²¹⁶. Outre de fréquents recours à des injonctions, d'autres mesures comme les populaires ordonnances Anton Pillar²¹⁷ permettent la saisie de matériel contrefait et complètent régulièrement les décisions interlocutoires.

²¹¹ L.H. MILRAD, *loc. cit.*, note 20, 67; M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 615; Robert C. DORR et William P. EIGLES, « Resolving claims of ownership of software and computer-stored data — the importance of temporary restraining orders and preliminary injunctions », (1984) 5 *Computer L.J.* 1; pour un résumé exhaustif des injonctions interlocutoires à l'égard de logiciels au Canada jusqu'en 1992, voir M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 99-101.

²¹² L.H. MILRAD, *loc. cit.*, note 20, 67.

²¹³ Loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon.

²¹⁴ L.H. MILRAD, *loc. cit.*, note 20, 67; Hilton STANILAND, « Copyright Protection of computer programs in South Africa », (1986) *Computer L. & Prac.* 42; dans l'affaire *Miller c. Société Alogiciel France*, Cour d'appel de Paris, 11^e chambre, 15 mars 1995, malgré une preuve accablante de la transmission volontaire d'un virus informatique, la première cause du genre en France, la Cour a prononcé la relaxe des parties mises en accusation en leur accordant le bénéfice du doute.

²¹⁵ H. STANILAND, *loc. cit.*, note 214, 42.

²¹⁶ M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 78.

²¹⁷ M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 667.

B. Les désavantages du droit d'auteur

Le droit d'auteur semble avoir rallié l'opinion internationale comme mode de protection des logiciels mais n'en demeure pas moins exposé à de vives critiques. Le gain de popularité mondiale qu'a connu le droit d'auteur à l'égard des logiciels est assombri par une série de lacunes que plusieurs auteurs de doctrine ont régulièrement dénoncées en faisant valoir entre autres que le droit d'auteur offrait une protection incomplète et qu'il entraînait en conflit avec d'autres régimes de protection. De plus, l'inconstance des décisions judiciaires ajoute à l'imbricolage que vivent, bien souvent à leurs dépens, les salariés créateurs de logiciels.

1. Une protection incomplète

Un large éventail de situations demeurent nébuleuses à cause de l'absence d'une législation sur le droit d'auteur suffisamment détaillée ou de convention entre l'employeur et l'employé²¹⁸.

D'ailleurs, même en présence d'une entente entre les parties, le jeu de négociation entre un employé et son employeur est forcément inéquitable, puisque le salarié se trouve habituellement en position d'infériorité tant d'un point de vue social qu'économique par rapport à l'employeur²¹⁹.

Les salariés auraient intérêt à se regrouper pour qu'une association exerce un « lobbying » auprès des employeurs et des gouvernements afin d'obtenir une meilleure protection pour leurs créations informatiques. La preuve d'une entente verbale, lorsqu'elle est admise, peut également s'avérer épineuse quand survient un litige et met en évidence la fragilité des droits dont disposent les créateurs employés.

De même, l'incertitude règne sur la question de savoir à qui échoit la propriété d'un logiciel créé grâce à un autre logiciel²²⁰. Un logiciel étant généralement composé d'une succession de sous-programmes, il peut être avantageux d'« emprunter » un ou plusieurs des sous-programmes d'un logiciel pour en créer un nouveau qui soit plus performant, plus concurrentiel que le premier²²¹.

²¹⁸ B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 38; A.Z. HERTZ, « Employment contracts for computer programmers », (1985) 1 *Computer L.* 89.

²¹⁹ T. LIMPERG, *loc. cit.*, note 27, 238.

²²⁰ La CGO (création générée par ordinateur) est fréquemment utilisée, tout comme la CAO (création assistée par ordinateur), l'EAO (enseignement assisté par ordinateur) et la FAO (fabrication assistée par ordinateur); B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 39; M. RACICOT, « La protection des logiciels en droit canadien », *loc. cit.*, note 23, 161 et 162.

²²¹ D. BURON, *loc. cit.*, note 1, 431 et 432.

La British Computer Society²²² et le sous-comité canadien sur le droit d'auteur²²³ proposent d'en attribuer la propriété à la personne qui a pris les arrangements nécessaires pour générer le second logiciel. D'autre part, un auteur anglais soutient, en prenant exemple sur les cartes météorologiques informatisées, qu'aucun droit d'auteur ne devrait subsister²²⁴.

De tels logiciels ne seraient probablement pas susceptibles de faire l'objet d'un droit d'auteur dans la CÉE depuis l'adoption de la Directive du 14 mai 1991 où il est exigé que la création provienne d'une personne humaine, d'un individu²²⁵. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) considère toutefois la possibilité de modifier la Convention de Berne pour que ces programmes bénéficient d'un droit d'auteur²²⁶.

De plus, comme un logiciel est souvent constitué d'un programme d'ordinateur auquel des améliorations ont été apportées, un auteur japonais craint qu'un tel perfectionnement soit considéré comme étant une traduction illégale de l'ancien programme²²⁷. Il est reconnu que les concepteurs de logiciels s'inspirent fréquemment des programmes d'ordinateur en circulation pour créer le leur et que la technologie informatique évolue par l'ajout de séquences additionnelles au corpus de base d'un logiciel déjà existant²²⁸.

Une polémique virulente a aussi cours au sujet de la dichotomie idée-expression²²⁹. Le droit d'auteur n'admet aucune protection pour les idées à la base d'une création²³⁰ et n'en protège uniquement que l'expression. Les idées sont considérées faire partie du domaine public et demeurent libres d'appropriation. Cet axiome fondamental du droit d'auteur avait fait l'objet dès 1879 d'un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Baker v. Selden*²³¹, et a reçu l'adhésion de tous les pays qui ont progressivement acquis un régime de droit d'auteur²³².

Sous cet angle, les principales discussions dans l'industrie du logiciel visent ce que l'on désigne sous l'appellation « *look and feel* » ou S.S.O. (structure,

²²² B. LEVENFELD, *loc. cit.*, note 42, 40 et 41.

²²³ *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur*, 1986, p. 4; voir J. KEON, *loc. cit.*, note 2, 236.

²²⁴ C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 52.

²²⁵ Voir *infra*, note 298; Robert BIGELOW, « The EC software Directive : as adopted », (1992) 9 *Can. Computer L. Rep.* 11, 15.

²²⁶ R. BIGELOW, *loc. cit.*, note 225.

²²⁷ T. NAKAJIMA, *loc. cit.*, note 70, 147.

²²⁸ Dennis S. KARJALA, « The Protection of Operating Software Under Japanese Copyright Law », (1988) 29 *Jurimetrics J.* 43, 51.

²²⁹ J. KEON, *loc. cit.*, note 2, 236.

²³⁰ J. BORKING, *loc. cit.*, note 197, 46; J. JONQUÈRES, *loc. cit.*, note 86, 5.

²³¹ *Baker c. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

²³² C.-N.S. CHANG, *loc. cit.*, note 142, 463.

séquence et organisation)²³³. L'arrêt clé en la matière aux États-Unis est l'affaire *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.*²³⁴.

Dans cette décision, la Cour a retenu que la majorité de l'effort fourni dans la création d'un logiciel consiste à en développer la structure et la logique et qu'il était justifié d'accorder un droit d'auteur. Ainsi, les créateurs verraient protégés leurs principaux efforts et seraient encouragés à développer des logiciels.

Le tribunal a distingué la structure du logiciel de son idée en posant qu'en l'espèce, le but du logiciel était d'assurer une organisation efficace à un cabinet dentaire, idée non protégée, et que par conséquent, il existait une variété de structures et de logiciels pour exprimer cette idée. Ainsi, la structure qui fut retenue en l'espèce n'était pas nécessairement incidente à l'idée²³⁵.

Subséquemment, dans *Lotus Development Corporation v. Paperback Software International*²³⁶, la Cour fédérale du Massachussets a accordé une protection au « *user interface of a program, defined as "the menus [and their structure and organization], the long prompts, the screens on which they appear, the function key assignments [and] the macro command and language"* »²³⁷.

La Cour d'appel a opéré un coup de barre en 1987 en refusant de suivre l'arrêt *Whelan* dans *Plains Cotton Cooperative Association of Lubbock v. Goodpasture Computer Service Inc.*²³⁸. Il y a été décidé que deux programmes inventés pour assister des commerçants de l'industrie du coton peuvent présenter des similitudes qui sont en fait dictées par les exigences du marché du coton. Ainsi, les facteurs inhérents à ce marché jouent un rôle significatif dans la détermination de la séquence et de l'organisation de logiciels créés pour le marketing d'une même industrie²³⁹. Le « *look & feel* » de ces programmes n'est donc pas protégé par le droit d'auteur.

²³³ Pour une étude approfondie, voir M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 88 et suiv.; M. RACICOT, « La protection des logiciels en droit canadien », *loc. cit.*, note 23, 165-167; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 7; G. Gervaise DAVIS III, « What hath CONTU Wrought? — How computer software copyright cases "Look & Feel" — Eight years after the CONTU Report », (1988) 4 *Can. Intell. Prop. Rev.* 228.

²³⁴ *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986); voir John T. SOMA, « A comparison of German and U.S. experiences in Software Copyrights », (1987) 18 *Int'l. Rev. Ind. Prop. & Copy. L.* 751.

²³⁵ C. Ian KYER, « Charting the boundaries of computer copyright », (1992) 9 *Can. Computer L. Rep.* 15, 16.

²³⁶ *Lotus Development Corporation c. Paperback Software International*, 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990).

²³⁷ C.I. KYER, *loc. cit.*, note 235, 16; voir Timothy J. SINNOTT, « Patent versus copyright protection for computer software », (1992) 9 *Can. Computer L. Rep.* 33, 39 et 40; critiqué dans R. ABRAMSON, « Why Lotus-Paperback uses the wrong test and what the new software protection legislation should look like », (1990) 7 *Computer L.* 6; voir aussi *Digital Communications Associates Inc c. Softklone Distributing Corporation*, 659 F. Supp. 449 (N.D. Ga. 1987).

²³⁸ *Plains Cotton Cooperative Association of Lubbock v. Goodpasture Computer Service Inc.*, 807 F.2d 1256 (5th Cir. 1987), cert. refusé 484 U.S. 821 (1987).

²³⁹ C.I. KYER, *loc. cit.*, note 235, 16; T.J. SINNOTT, *loc. cit.*, note 237, 39.

Dans un rapport du sous-comité n° 2 de l'Agence des affaires culturelles du Japon, il a été suggéré de reconnaître un droit d'auteur distinct des logiciels aux aménagements des systèmes (*system design*), aux idées que renferment les logiciels, aux ordigrammes « *flow charts* » ainsi qu'aux descriptions de programmes²⁴⁰. L'article 10(3) de la Loi sur le droit d'auteur japonaise de 1985 écarte de sa protection le langage de programmation, de même que les règles et algorithmes utilisés dans la création du logiciel²⁴¹.

Au Canada, la jurisprudence demeure embryonnaire. Dans *Gemologists International Inc. c. Gem Scan International Inc.*²⁴², la Cour a considéré que le logiciel du défendeur avait été copié en reprenant la structure logique générale du programme, en répétant substantiellement la séquence des menus et d'options du programme et en utilisant les algorithmes du logiciel du demandeur²⁴³.

Au Québec, une décision diamétralement opposée a ranimé le débat. Dans *Systèmes informatisés Solartronix c. CÉGEP de Jonquière*²⁴⁴, la Cour supérieure a statué que le droit d'auteur ne protégeait ni les idées à la base d'un logiciel, ni son algorithme, mais uniquement son expression. Le fait que les deux logiciels en litige avaient un fonctionnement identique était dicté principalement par la nature des opérations de l'industrie du ciment²⁴⁵.

La doctrine et la jurisprudence canadiennes semblent rejeter en grande majorité l'approche libérale de l'arrêt *Whelan v. Jaslow*²⁴⁶ mais le concept « *look and feel* » demeure toujours débattu et conserve ses adeptes²⁴⁷.

Le droit d'auteur actuel laisse dans l'ombre une quantité d'interrogations comme le droit d'un salarié d'obtenir une rémunération supplémentaire pour avoir développé un logiciel lorsqu'il ne s'agit pas de ses tâches régulières, le droit d'un salarié de disposer de sa création si l'employeur n'en fait aucune utilisation, ou encore le sort des logiciels qui appartiennent à l'employeur lorsque le contrat de travail prend fin ou que l'employeur fait faillite²⁴⁸.

²⁴⁰ Rapport du 1^{er} juin 1973; voir D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 4-7.

²⁴¹ D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 12.

²⁴² *Gemologists International Inc. c. GemScan International Inc.*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 255 (Ont. H.C.J.).

²⁴³ Voir C.I. KYER, *loc. cit.*, note 235, 21.

²⁴⁴ *Systèmes informatisés Solartronix c. CÉGEP de Jonquière*, (1992) 38 C.P.R. (3d) 143 (C.S. Québec).

²⁴⁵ Voir C.I. KYER, *loc. cit.*, note 235, 18 et 19; T.J. SINNOTT, *loc. cit.*, note 237, 33.

²⁴⁶ T.J. SINNOTT, *loc. cit.*, note 237, 41.

²⁴⁷ H.G. POLLACK, *loc. cit.*, note 207, 834 et 835; T. NAKAJIMA, *loc. cit.*, note 70, 165; Daniel A.D. HUNTER, « Protecting the "look & feel" of computer software in the United States and Australia », (1991) 7 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 95; LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 899, p. 526.

²⁴⁸ T. LIMPERG, *loc. cit.*, note 27, 240.

Plusieurs discussions ont aussi traité à l'utilisation du procédé inverse, le « *reverse engineering* », qui consiste à désassembler et décompiler un logiciel pour obtenir accès aux idées sous-jacentes à ce programme²⁴⁹. Il peut s'avérer difficile de différencier une copie non autorisée d'un logiciel du produit d'un « *reverse engineering* »²⁵⁰. Les éléments empruntés à un logiciel peuvent être camouflés de façon telle que même un expert aura peine à identifier sans efforts considérables s'il s'agit d'un logiciel original ou d'une copie²⁵¹. Il est possible de modifier l'ordre du programme écrit et d'y ajouter quelques commandes ou, pour être plus sophistiqué, de convertir le langage de programmation du logiciel²⁵². Malgré une vague d'opposition, cette stratégie est désirable afin de stimuler le développement de l'industrie du logiciel²⁵³. La Communauté européenne a d'ailleurs emboîté le pas dans la Directive du 14 mai 1991 en reconnaissant sous certaines réserves un droit à la décompilation.

2. Les conflits avec d'autres lois

Peu de pays ont expressément écarté la protection des logiciels par d'autres moyens que le droit d'auteur²⁵⁴. Par conséquent, un employé ou un employeur pourront faire appel à diverses législations, quelquefois concurremment à la loi sur le droit d'auteur de leur pays²⁵⁵, pour veiller à protéger leurs intérêts. Le cumul des recours basés sur les marques de commerce, la concurrence

²⁴⁹ Voir Karl H. PILNY, « Legal Aspects of Interfaces and Reverse Engineering — Protection in Germany, the United States and Japan », (1992) 23 *Int'l. Rev. Ind. Prop. & Copy. L.* 196, 208; J. HUET, « Le *reverse engineering*, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », D.S.1990.chr.99; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 10; LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 897, p. 523.

²⁵⁰ C.-N.S. CHANG, *loc. cit.*, note 142, 463.

²⁵¹ D. BURON, *loc. cit.*, note 1, 433.

²⁵² *Id.*, 433 et 434.

²⁵³ T. NAKAJIMA, *loc. cit.*, note 70, 166.

²⁵⁴ En Russie, la jurisprudence exclut les logiciels de la brevetabilité; voir M.-H. MAMIOFA et C. PRINS, *loc. cit.*, note 111, 615; voir aussi au Canada, *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, [1982] 1 C.F. 845; l'article 25(2) de la Loi sur les brevets 57 de 1978 de l'Afrique du Sud, l'article 1(2) de la Loi sur les brevets de 1977 d'Angleterre, la Loi sur les brevets d'Allemagne excluent les logiciels de tout brevet; voir R. STACHELS, *loc. cit.*, note 18, 61; les États-Unis font de même; voir P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 304; la France interdit expressément les brevets dans la *Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention*, J.O. 3 janv. 1968, p. 13; voir Y. GENDREAU, *loc. cit.*, note 196, 866.

²⁵⁵ L'article 41(3) de la Loi sur le droit d'auteur de 1978 de l'Afrique du Sud permet de cumuler un recours civil contre un employé ayant enfreint les secrets commerciaux de l'entreprise; voir H. STANILAND, *loc. cit.*, note 214, 44 et 45; M. ROTTINGER, *loc. cit.*, note 110, 37; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 46; M. RACICOT, « La protection des logiciels en droit canadien », *loc. cit.*, note 23, 148 et 161.

déloyale²⁵⁶, les secrets commerciaux²⁵⁷ et le droit criminel peut donner lieu à des conclusions conflictuelles qui auront pour ultime conséquence de préjudicier aux droits d'auteur, alors que les lois sur le droit d'auteur recherchent la fin opposée.

Le juge Reed, dans la décision canadienne *Apple c. Macintosh Computers* n'est pas d'avis que « les tribunaux soient tenus de rendre des décisions qui permettent d'éviter de tels chevauchements »²⁵⁸.

Un conflit de lois peut émerger du fait qu'un logiciel soit produit en plus de 50 copies au Canada. La *Loi sur les dessins industriels* peut effectivement empiéter sur le champ de protection de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'égard des dessins industriels créés avant la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1988²⁵⁹. La même situation prévaut en France²⁶⁰ et, de façon similaire, en Allemagne, cette fois à l'égard de la loi sur les marques de commerce²⁶¹. Un autre conflit peut survenir en l'absence de protection réciproque entre pays, comme il a été suggéré dans la première partie de cette étude.

3. Une interprétation judiciaire inconstante

Les exigences législatives et jurisprudentielles du droit d'auteur varient d'un pays à l'autre, voire d'un jugement à l'autre. Outre la controverse quant à la protection du « *look and feel* » d'un logiciel, l'exemple le plus patent se trouve en Allemagne, qui avait dans un premier temps nié la protection des logiciels en vertu du droit d'auteur pour se raviser quelques années plus tard, dans l'affaire *Collection Program (Inkasso-Programm)*²⁶². À la même époque, la Cour d'appel de Francfort a accordé un droit d'auteur à un logiciel de création de dessins assistée par ordinateur (CAO) avec un moindre degré d'inventivité²⁶³. La Cour

²⁵⁶ Voir les art. 2088 et 2089 C.c.Q.; Seth E. LIPNER et Stephen KALMAN, *Computer Law — Cases and Materials*, Columbus (Ohio), Merrill Publishing, 1989, p. 279 et suiv.; R.T. NIMMER., *op. cit.*, note 177, p. 4-6.

²⁵⁷ M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 626-660.

²⁵⁸ *Apple Computer Inc. c. Macintosh Computers Ltd.*, (1987) 1 C.F. 173, 200 et 201; voir *supra*, note 20; il s'agit du premier jugement canadien au mérite sur la protection des logiciels par le droit d'auteur.

²⁵⁹ *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), c. I-9; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1988, c. 15; voir Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur commentée et annotée*, Montréal, Thémis, 1990, pp. 450-462; M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 594.

²⁶⁰ *Loi sur les dessins et modèles du 14 juillet 1909*, J.O. 19 juill. 1909, (1); LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 930, pp. 543 et 544.

²⁶¹ LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 934, p. 545.

²⁶² Le 12 juin 1981, la Cour du district de Mannheim avait rejeté complètement l'application du droit d'auteur aux logiciels (BB 1981, 1546); sa décision fut infirmée par la Cour du district de Karlsruhe le 9 février 1983 (GRUR 1983, 300; BB 1983, 986) et par la Cour suprême fédérale le 9 mai 1985 ((1986) 17 I.I.C. 681), quelque temps avant que la Loi sur le droit d'auteur soit modifiée à cet effet : voir M. ROTTINGER, *loc. cit.*, note 110, 34; G. WURTENBURGER, *loc. cit.*, note 167, 166; M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 613; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 54.

²⁶³ Affaire *Baustatikprogramm* (GRUR 1985, 1049).

suprême fédérale, après s'être prononcée dans l'affaire *Collection Program*, a toutefois refusé d'entendre le pourvoi²⁶⁴.

L'Allemagne requiert-elle encore de nos jours un degré de création individuelle au-dessus de la moyenne, une forme de réalisation exceptionnelle, qui écarterait toujours un nombre abondant de programmes d'ordinateur ?²⁶⁵. Ceci reste à déterminer, à la lumière de la transposition qu'a effectué ce pays de la Directive du 14 mai 1991, le 9 juin 1993. Le maintien d'un tel critère sèmerait une fois de plus la confusion parmi les tribunaux allemands, tout en inquiétant les auteurs de logiciels étrangers qui recherchent la protection de leurs créations dans ce pays²⁶⁶.

L'exigence de créativité à l'article 2(1)i) de la loi sur le droit d'auteur japonaise fut longuement supérieure au critère minimum d'originalité qu'appliquent les États-Unis²⁶⁷. Aussi, un autre écart entre les tribunaux de chaque nation peut se produire en droit japonais, lequel ne reconnaît pas la défense d'utilisation raisonnable permise aux États-Unis²⁶⁸.

Les tribunaux devraient interpréter les lois sur le droit d'auteur de la manière la plus équitable et la plus large possible pour être compatibles avec la fin qu'elles poursuivent, à l'instar d'une loi remédialrice²⁶⁹. Par exemple, le Canada entérine sous certaines réserves la jurisprudence des États-Unis²⁷⁰.

C. Les perspectives d'avenir du régime de protection par le droit d'auteur

Les perspectives d'avenir du droit d'auteur seront étudiées plus particulièrement sous trois aspects, soit l'intervention législative, le consensus international et les mesures alternatives au droit d'auteur en matière de protection des logiciels.

1. L'intervention législative

À l'instar du Japon qui a progressivement détaillé sa loi sur le droit d'auteur pour clarifier la nature des protections offertes aux logiciels et tenir compte de ses besoins spécifiques, les pays disposant d'un régime de protection des logiciels par le droit d'auteur auraient intérêt à s'inspirer du cadre législatif nippon pour aménager un régime statutaire qui établit clairement la nature des

²⁶⁴ *Certiorari* refusé le 9 septembre 1985; voir J.T. SOMA, *loc. cit.*, note 234, 756.

²⁶⁵ M. ROTTINGER, *loc. cit.*, note 110, 36; K.H. PILNY, *loc. cit.*, note 249, 197; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 309; K.A. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 346; C. BOWN, *loc. cit.*, note 36, 54.

²⁶⁶ J.T. SOMA, *loc. cit.*, note 234, 753-755; Lieck BETTEN, « Copyright protection of computer programs in the FRG », (1986) 22 *Copyright* 352.

²⁶⁷ D.S. KARJALA, *loc. cit.*, note 228, 45; Ivan CHEPILLOD, « Originalité et banalité : à propos de la protection des programmes d'ordinateur », (1991) *Voyame Coll.* 39.

²⁶⁸ D.S. KARJALA, *loc. cit.*, note 228, 45.

²⁶⁹ M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 79.

²⁷⁰ M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 605.

créations informatiques visées par le droit d'auteur, ainsi que les droits qui en découlent.

La Loi n° 48 de 1970 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1971, de concert avec le *Copyright Law Enforcement Order n° 335* et le *Copyright Law Enforcement Regulation n° 26* de 1970. Elle fut notamment modifiée en 1985 pour protéger efficacement les logiciels puis à nouveau en 1986 pour viser spécifiquement les bases de données²⁷¹.

Le Japon adopte comme postulat que le droit d'auteur est une mesure appropriée pour soutenir l'industrie du logiciel et reconnaît qu'une action législative ponctuelle s'avère nécessaire afin de faire disparaître toute ambiguïté juridique ou toute forme d'inéquité pouvant exister entre des parties intéressées, notamment l'employeur et l'employé, tout en demeurant flexible face aux changements technologiques pouvant engendrer de nouvelles situations juridiques²⁷².

Par une intervention législative, il est possible d'identifier clairement ce qui entre ou non dans la portée de la loi sur le droit d'auteur, comme par exemple²⁷³ le microcode, les ordinogrammes, les diagrammes, la séquence, la structure et l'organisation du logiciel, ses interfaces, les systèmes experts, etc.

2. Le consensus international

En 1988, les États-Unis ont adopté une loi qui leur permet d'adhérer à la Convention de Berne. Comme l'industrie de l'informatique est mondialement dominée par les États-Unis, la législation et la jurisprudence américaines ont accordé de larges droits d'auteur aux créateurs de logiciels²⁷⁴.

Le « lobbying » exercé par ce pays pour garantir une protection réciproque est très actif²⁷⁵, et même fructueux. Un bon exemple de cette influence s'est produit lors des débats sur l'adoption d'une législation de droit d'auteur sur les logiciels au Brésil, en Corée, en Chine et au Japon²⁷⁶.

Certains pourront objecter que les États-Unis cherchent à établir un terrain sur lequel ils seraient en fait les arbitres²⁷⁷ puisque, en se voyant accorder à travers le monde des droits d'auteur d'une durée de la vie de l'auteur plus 50 ans, la moyenne retenue par bon nombre de pays, les États-Unis obtiendraient une perpétuelle hégémonie dans le domaine du développement informatique. Le

²⁷¹ Voir D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 3; R.N. FREED, « Legal protection of software in Japan », (1991) 13 *Comp. L.Y.B. Int'l. Bus.* 279; voir *supra*, section I.A.1.c.

²⁷² D. TERUO, *loc. cit.*, note 71, 23.

²⁷³ Voir M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, 86-98.

²⁷⁴ P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 304.

²⁷⁵ R.T. NIMMER et P. KRAUTHAUS, *loc. cit.*, note 45, 742; LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 844, p. 497.

²⁷⁶ P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 315-317.

²⁷⁷ *Id.*, 327.

droit d'auteur deviendrait alors un instrument de domination craint par plusieurs nations, possiblement au détriment de la finalité du régime²⁷⁸.

Aussi, comme les États-Unis ont adhéré à la version la plus récente de la Convention de Berne, adoptée à Paris en 1971, des pressions pourraient être exercées pour que le Canada y adhère également²⁷⁹, n'étant actuellement lié que par la version de Rome de 1928, moins rigoureuse²⁸⁰.

En outre, les récentes modifications apportées au *Copyright Act* d'Angleterre pourraient avoir une incidence sur la prochaine réforme canadienne de la *Loi sur le droit d'auteur* puisque le Canada s'est inspiré de la tradition juridique anglo-saxonne pour établir sa politique en matière de droit d'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* canadienne n'a d'ailleurs pas été modifiée de façon régulière depuis 1924²⁸¹. Rappelons que certaines modifications intéressantes furent apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1988, de même qu'en 1993 par la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*²⁸².

Au Canada, les créations « périlogicielles » que constituent les « masques » ou topographies que contiennent les circuits intégrés ont récemment fait l'objet d'une protection particulière comme aux États-Unis et au Japon²⁸³. Le Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur intitulé « Une Charte des droits des créateurs et créatrices »²⁸⁴ recommandait au gouvernement canadien d'adopter une loi *sui generis* à ce sujet, dans l'esprit du *Semiconductor Chip Act* de 1984, mis de l'avant par les États-Unis²⁸⁵.

La France a également adopté la Loi n° 87-890 du 4 novembre 1987 et le Décret n° 89-816 du 2 novembre 1989 relatifs à la protection des topographies de produits semi-conducteurs. La Suisse possède aussi une loi sur les produits semi-conducteurs depuis le 9 octobre 1992²⁸⁶. La Commission européenne a

²⁷⁸ S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 23; P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 330 et 331.

²⁷⁹ P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 323.

²⁸⁰ Michel KESSLER, *Le logiciel, protection juridique, France et étranger*, Paris, Technique et Documentation Lavoisier, 1986, p. 81 et suiv.

²⁸¹ M. RACICOT, « La réforme du droit d'auteur au Canada, Projet de Loi C-60, Les programmes d'ordinateur, comparaison avec le droit américain », *loc. cit.*, note 23.

²⁸² *Loi d'actualisation du droit de propriété intellectuelle*, L.C. 1993, c. 15; voir aussi la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, c. 23, entrée en vigueur le 31 août 1993.

²⁸³ *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, c. 37, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1993, modifiée par la *Loi corrective de 1991*, L.C. 1992, c. 1 et par la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, c. 15, art. 25.

²⁸⁴ Comité permanent des Communications et de la Culture, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, octobre 1985, pp. 46 et 47.

²⁸⁵ Cette loi a été intégrée au *Copyright Act*, 17 U.S. Code (1988), art. 901 et suiv. En fait, cette loi protège les négatifs qui permettent de fabriquer les puces et qui sont souvent appelés dans le jargon « *mask work* »; voir D. BURON, *loc. cit.*, note 1, 431; M. RACICOT, *loc. cit.*, note 21, pp. 86-98; J. KEON, *loc. cit.*, note 2; Richard STERN, « The Semiconductor Chip Protection Act of 1984 : The International Comity of Industrial Property rights », (1986) 3 *Int'l. Tax & Bus. Lawyer* 273.

²⁸⁶ I. CHEPILLOD, *loc. cit.*, note 82, 220.

aussi émis une Directive à ce sujet et rendu plusieurs décisions depuis 1987²⁸⁷. Rappelons qu'un traité de l'OMPI sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés est ouvert à signature depuis le 26 mai 1989²⁸⁸.

Un consensus international serait grandement utile pour clarifier l'état du droit à l'égard des logiciels et assurer un sain développement de l'industrie²⁸⁹. D'ailleurs, l'Accord TRIPS du GATT admet dorénavant que les programmes d'ordinateur soient protégés comme des oeuvres littéraires, dans leur forme source ou objet, au sens de la Convention de Berne²⁹⁰.

Une loi sur le droit d'auteur augmentée devrait aussi être envisagée dans un même souffle pour chaque pays. Les tribunaux sont régulièrement dépassés par les litiges qu'ils doivent trancher dans ce domaine et devraient bénéficier d'une législation plus complète²⁹¹. À titre d'exemple, l'avènement du multimédia et celui des autoroutes de l'information offrent de nouvelles perspectives à l'industrie de l'informatique ; des litiges à l'échelle mondiale sont alors susceptibles d'éclater à tout moment, si ce n'est déjà fait.

Un nombre impressionnant de pays ont adhéré à la Convention de Berne de 1886 et à la Convention universelle du droit d'auteur de 1952²⁹². Parmi les membres de la Convention de Berne, citons le Bénin, Chypre, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Haute-Volta, Madagascar, le Mali, la Mauritanie, le Niger, la Pologne, la Roumanie, le Sri Lanka, le Tchad, la Thaïlande, le Togo, la Turquie, l'Uruguay et le Zaïre²⁹³.

Pour ce qui est des pays ayant adhéré à la Convention universelle, nous retrouvons l'Algérie, Andorre, le Bangladesh, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, le Salvador, le Ghana, le Guatemala, Haïti, le Kenya, le Laos, le Liberia, le Malawi,

²⁸⁷ Voir la Directive 87-54 de la CEE du 16 décembre 1986 concernant la protection des topographies des produits semi-conducteurs, J.O. 27 janvier 1987, p. 36; Décision du Conseil du 22 décembre 1994 concernant l'extension de la protection juridique des topographies des produits semi-conducteurs aux ressortissants des pays membres de l'Organisation mondiale du commerce, J.O. n° L 349 31 décembre 1994, p. 201, applicable à compter du 1^{er} janvier 1996; une Décision à l'égard du Canada fut aussi retenue, voir J.O. n° L 351 1^{er} novembre 1994, p. 61; les États-Unis font l'objet d'une autre décision, voir J.O. n° L 170 5 juillet 1994, p. 34.

²⁸⁸ Voir LAMY, *op. cit.*, note 24.

²⁸⁹ R.T. NIMMER et P. KRAUTHAUS, *loc. cit.*, note 45, 737; H.G. POLLACK, *loc. cit.*, note 207, 830.

²⁹⁰ Art. 10 (1) de l'Accord; voir Stéphane LEMARCHAND, « Propriété intellectuelle — Aspects juridiques du multimédia, 2^e partie », (1994) 176 *Expertises* 306, 307.

²⁹¹ Paul Edward GELLER, « Copyright Protection in the Berne Union : Analyzing the Issues », (1989) 5 *Intell. Prop. J.* 1.

²⁹² Pour une étude sur les conventions internationales, voir M. KESSLER, *op. cit.*, note 280; D. LLEWELYN, « Computers, Software and international protection », (1987) *Berne Convention Coll.* 183; Yoshiyuki MIYASHITA, « International protection of computer software », (1991) 11 *Computer L.J.* 41.

²⁹³ Le Niger a adopté un décret sur le droit d'auteur en 1988; Raymond AUGUST, « Computer Program Protection : A World-View of developments », (1985) *Computer L. & Prac.* 117, 118.

l'Île Maurice, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la Russie, le Venezuela et la Zambie²⁹⁴.

Sont membres des deux conventions la majorité des pays, soit l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Angleterre, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, la Bulgarie, le Cameroun, le Canada, la Chine, le Chili, la République Tchèque, le Danemark, l'Espagne, les Îles Fidji, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Inde, l'Irlande, Israël, le Japon, le Liban, le Liechtenstein, le Luxembourg, Malte, le Mexique, Monaco, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Pakistan, le Paraguay, les Pays-Bas, les Philippines, le Portugal, le Sénégal, la Suède, la Suisse, la Tunisie, les États-Unis et la Yougoslavie²⁹⁵.

Quelques pays n'avaient adhéré en 1985 à aucune de ces conventions, dont l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, les Bahamas, le Bahreïn, la Bolivie, la Colombie, la Corée, l'Égypte, le Honduras, Hong Kong, l'Indonésie, l'Iran, l'Iraq, le Koweït, le Macao, la Malaisie, Oman, Qatar, la République Dominicaine, le Soudan et la Syrie²⁹⁶.

L'UNESCO et l'OMPI ont étudié la possibilité de modifier l'une ou l'autre de ces conventions pour y inclure des dispositions pertinentes aux logiciels mais ont conclu que cela n'était pas nécessaire puisqu'ils y étaient tacitement visés²⁹⁷.

Un long débat a entouré l'adoption de la Directive de la Communauté européenne sur la protection légale des programmes d'ordinateur²⁹⁸. La Directive fut rédigée en trois étapes pour être finalement adoptée le 14 mai 1991. Les pays membres avaient jusqu'au 1^{er} janvier 1993 pour implanter une législation interne conforme à la Directive²⁹⁹ mais n'ont pas tous respecté ce délai. Bien que la CEE ait imparti à ses pays membres cette date butoir, seulement neuf (9) États ont transposé cette Directive en droit interne³⁰⁰. Ainsi,

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ M. KANG, *loc. cit.*, note 2, 321.

²⁹⁸ J.O.C.E. n° L. 122, 17 mai 1991, p. 42; voir Chantal LAMARRE, « La C.É.E. et les créations informatiques », (1992) 20 *J. du B.* 25; le 7 juin 1988, la CEE avait publié un document intitulé *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues Requiring Immediate Action*, puis six mois plus tard un premier projet de Directive, et enfin le 11 juillet 1990, un second projet; voir K.A. STYRCULA, *loc. cit.*, note 4, 331.

²⁹⁹ R. BIGELOW, *loc. cit.*, note 225, 11; M. LEHMANN, « La directiva Europea sobre proteccion de programas de ordenador », (1992) 48 *Rev. Gen. Der.* 1621; Thomas DREIER, « La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur », (1991) 65 *Sem. jur.* 35.

³⁰⁰ Outre la Belgique, la France et l'Italie, mentionnées dans la première partie de ce texte, se trouvent l'Allemagne : Gesetz vom 09-06-93, Bundesgesetzblatt (Teil I, II, III) n. 29 vom 23-06-93; l'Angleterre : The Copyright (Computer programs) Regulations of 16-12-92, Statutory Instruments n. 3233 of 1992; le Danemark : Lov n. 1010 AF 19-12-92; l'Espagne : Ley n. 16-1993 de 23-12-93, Boletín oficial del estado n. 307 de 24-12-94, p. 36816; la Grèce : Loi n. 2121-93, FEK A25 du 04-03-93 et enfin, le Portugal : Lei n. 21-94 de 17-06-94, Diário da

l'Autriche, la Finlande, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède n'auraient pas encore adopté de loi pour unifier le cadre juridique de la protection des logiciels en Europe.

À l'origine, la proposition de directive rédigée par la Commission des Communautés européennes (CCE) dans le cadre du Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique, avait pour objectif d'uniformiser le droit d'auteur et de renforcer la protection des programmes d'ordinateur³⁰¹.

La proposition conseillait que le logiciel créé sur commande appartienne à la personne physique ou morale qui l'a commandé, sauf stipulation contraire³⁰². Pour les logiciels mis au point par un programmeur indépendant pour une personne physique ou morale, le droit d'auteur appartiendrait à la personne qui se trouve à l'origine de la création, à moins qu'une disposition contractuelle ne prévoit un autre aménagement³⁰³. La distinction entre ces deux modes de création pouvait cependant être difficile à tracer. La loi française du 3 juillet 1985, entre autres, n'abordait pas la protection de ce type d'oeuvres³⁰⁴.

La disposition initiale relative à la propriété des oeuvres sur commande, attribuée à la personne qui commande une oeuvre, n'a pas été retenue dans la version finale³⁰⁵. En vertu de l'article 3 de la Directive, l'individu ou le groupe d'individus qui créent le programme d'ordinateur en sont les auteurs. Une personne morale ne peut être reconnue comme étant l'auteur d'un logiciel.

Cependant, lorsqu'un logiciel ou toute oeuvre sont créés par un employé dans l'exécution de ses fonctions, suivant les instructions de son employeur, l'employeur pourra jouir exclusivement de tous les droits économiques qui découlent du logiciel créé, sous réserve d'une entente contractuelle à l'effet contraire³⁰⁶. L'employé ne conserverait donc que des droits moraux.

La législation des pays membres doit accorder une protection d'au moins 50 ans qui visera notamment la logique, l'algorithme, le langage de programmation ou l'interface avec un degré de créativité uniforme dans tous les pays de la CEE³⁰⁷. Le « *reverse engineering* » y est toléré sous certaines conditions, tels pour des impératifs d'interopérabilité³⁰⁸.

Republica i aviso n. 243 de 20-10-94, p. 6374 et Decreto-lei n. 252-94 de 20-10-94, Diario da Republica i aviso de 20-10-94, p. 6374

³⁰¹ Voir *supra*, note 25.

³⁰² B. VAN DORSELAERE, *op. cit.*, note 25, p. 23.

³⁰³ *Id.*

³⁰⁴ A. LUCAS, *op. cit.*, note 86, p. 237 et suiv.; l'auteur proposait que les droits d'auteur appartiennent à l'entreprise qui a développé le logiciel sur commande (p. 238).

³⁰⁵ R. BIGELOW, *loc. cit.*, note 225, 13.

³⁰⁶ *Id.*; Christopher VOSS, « The legal protection of computer programs in the European Economic Community », (1992) 11 *Computer L.J.* 441.

³⁰⁷ B. MAGRAB, *loc. cit.*, note 209, 713 et 719.

³⁰⁸ *Id.*, 714, 715 et 721.

Enfin, pour clore cette section sur le consensus international, soulignons qu'une plus grande cohésion serait souhaitable également de la part de l'industrie même. Quelques petits producteurs de logiciels dénoncent le droit d'auteur en affirmant qu'il contribue à solidifier la domination des multinationales de l'informatique au détriment du but visé par le droit d'auteur, soit la diffusion des oeuvres, et du développement des programmes d'ordinateur³⁰⁹.

3. Les mesures alternatives au droit d'auteur

De nombreux détracteurs du droit d'auteur ont prôné l'adoption d'une loi *sui generis*³¹⁰ pour protéger les logiciels et aménager un régime légal qui tienne compte de la spécificité des programmes d'ordinateur. Une loi indépendante permettrait d'ajuster ponctuellement le mode de protection des logiciels aux développements encore insoupçonnés de cette industrie sans toutefois remettre en question la structure déjà établie en faveur des autres oeuvres sous l'égide des lois sur le droit d'auteur.

Quelques pays se sont inspirés des notions de base du droit d'auteur pour sanctionner une législation propre aux logiciels, dont la Russie³¹¹, le Japon³¹², la Corée³¹³, le Brésil³¹⁴ et la Bulgarie³¹⁵.

Un salarié pourrait aussi se servir de moyens techniques pour protéger ses logiciels en les programmant pour qu'ils possèdent leurs propres barrières si une personne non autorisée tentait de s'en servir. Par exemple, le logiciel peut refuser que toute copie soit produite ou la rendre inutilisable à partir d'une date donnée. C'est le principe de la bombe à retardement, que le programmeur retarde régulièrement pour qu'elle ne préjudicie pas aux utilisateurs autorisés³¹⁶.

³⁰⁹ J. Arnold AGUILAR, « Proprietary Protection of Computer Software in the United States and Brazil », (1984) 19 *Tex. Int'l. L.J.* 643, 651.

³¹⁰ Voir M. ROTTINGER, *loc. cit.*, note 110, 37.

³¹¹ Voir *supra*, section I.A.2.c.

³¹² Voir *supra*, section I.A.1.c.

³¹³ Art. 4(2) de la Loi de protection des logiciels adoptée le 30 décembre 1986, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1987; voir L. BYUNGKWON, *loc. cit.*, note 66, 171; Byoung Kook MIN et Gary SULLIVAN, « Recognition of Proprietary Interests in Software in Korea : Programming for Comprehensive Reform », (1987) 8 *Mich. Y.B. Int'l. Legal Stud.* 49, 51.

³¹⁴ Voir *supra*, note 54.

³¹⁵ *Arrêté réglementaire n° 6 relatif à l'utilisation du logiciel*, J.O. n° 46, 1979; voir P.H. KANG, *loc. cit.*, note 2, 319; cette loi reçoit d'ailleurs une critique internationale positive et est souvent présentée comme un modèle à suivre; voir C.-N.S. CHANG, *loc. cit.*, note 142, 461; au contraire, certains jugent que ce régime convient peu à une économie libérale; voir LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 836, p. 493.

³¹⁶ LAMY, *op. cit.*, note 24, n° 832, p. 489.

Il reste beaucoup d'autres techniques similaires qui ont toutes le même défaut : tout programmeur d'expérience peut contourner ces obstacles, avec un peu de patience et de connaissances³¹⁷.

Une dernière alternative réside dans les arrangements contractuels que peuvent négocier un employeur et un employé³¹⁸. En dépit du fait que les forces en présence soient généralement déséquilibrées en faveur de l'employeur, certaines conventions collectives négociées par un syndicat réussissent à obtenir des conditions favorables pour les créations des salariés.

À titre d'illustration, l'article 17 de la convention collective des professeurs de l'Université du Québec à Montréal accorde aux enseignants la propriété des oeuvres qu'ils créent³¹⁹. Les oeuvres incluent, à l'article 17.02, toute production informatique. L'article 17.06 prévoit qu'un protocole d'entente doit être signé entre l'auteur(e) et l'Université lorsque, à la demande du professeur, l'Université lui fournit une aide exceptionnelle pour la production ou l'exploitation de son oeuvre.

CONCLUSION

La loi sur le droit d'auteur, ou du moins ses principes, est majoritairement retenue dans le monde entier pour protéger la création de logiciels par des employés. Un grand nombre de pays ont choisi d'accorder la propriété de ces logiciels non pas à leur auteur, mais à l'employeur.

Cette décision pourrait se justifier³²⁰ par le fait que la loi sur le droit d'auteur accorde implicitement un traitement différent aux oeuvres utilitaires, par opposition aux oeuvres dites artistiques. Les oeuvres utilitaires comme des listes de rues, des catalogues et des lettres d'affaires sont conçues en très grand nombre et n'ont pas généralement une très grande valeur commerciale. La négociation de droits d'auteur entre l'employeur qui possède ces « oeuvres » et l'employé qui les a « créées » peut s'avérer fastidieuse, surtout lorsqu'aucune entente n'a été convenue en cours d'emploi et qu'après le départ de l'employé, l'employeur se trouve dans l'obligation d'entrer en communication avec ce dernier pour obtenir son autorisation de les exploiter et risque de ne pouvoir se servir de ces « créations » dans le cours normal de ses affaires si son ex-employé a disparu sans laisser d'adresse. Pour cette raison, l'octroi d'un droit d'auteur initial à l'employeur évitait ce genre de problématique fastidieuse.

L'apparition de l'industrie informatique a éprouvé les limites de cette justification. Étant donné l'impact économique sans cesse croissant des

³¹⁷ D. BURON, *loc. cit.*, note 1, 438 et 439; M.-H. LOUTFI, *loc. cit.*, note 16, 12; M. KRATZ, *loc. cit.*, note 13, 563-573; S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71, 16.

³¹⁸ Neil M. MAYBURY, « Computer contracts and the protection of computer software », (1988) 132 *Sol. J.* 978.

³¹⁹ Convention collective S.P.U.Q. — U.Q.A.M., 1^{er} mars 1990 au 28 février 1993.

³²⁰ Voir L.E. HARRIS, *loc. cit.*, note 30, 288 et suiv.

créations de logiciels, les employés devraient pouvoir négocier à tout le moins le mode d'exploitation de leurs oeuvres avec leur employeur. La loi sur le droit d'auteur devrait aménager un régime de négociation obligatoire lorsqu'un logiciel est exploité ou commercialisé avec succès par une entreprise³²¹, *a fortiori* si la création de logiciels n'entraîne pas dans l'exécution des fonctions habituelles du salarié.

La solution réside peut-être aussi dans la copropriété entre l'employeur et l'employé³²², ou dans l'octroi d'un droit de propriété à l'employé avec licence obligatoire envers l'employeur³²³. Par la recherche incessante d'une législation adéquate, les logiciels pourront être défendus à l'échelle mondiale et recevront une protection significative qui reflètera leurs multiples composantes et applications³²⁴. Les salariés pourront alors connaître à l'avance les droits dont ils jouissent à l'égard de leurs créations et pourront négocier, le cas échéant, des ententes qui sauront refléter l'appréciation du fruit de leur labeur.

En tout état de cause, un régime de propriété intellectuelle devrait avoir pour fin de favoriser la dissémination des logiciels, d'encourager la publication, de limiter le secret d'innovations importantes et de permettre un libre accès aux idées sous-jacentes aux créations³²⁵. Le défi du droit d'auteur consistera à équilibrer ces objectifs avec les impératifs commerciaux de l'industrie de l'informatique.

³²¹ *Id.*, 285.

³²² S.L. JARETT, *loc. cit.*, note 184.

³²³ *Id.*, 1272 et 1273; B.TORNO, *op. cit.*, note 182, p. 57.

³²⁴ S. SOLTYSINSKI, *loc. cit.*, note 71.

³²⁵ *Id.*, 21.