

La propriété des outils de l'Internet

L'une des particularités de la communication sur les réseaux numériques est que les principaux outils qui la rendent possible sont de même nature que les contenus qu'ils véhiculent. L'intelligence de ces réseaux est constituée de briques de base numériques. Certes, la couche physique par laquelle circulent les données met en œuvre des équipements matériels (ordinateurs, routeurs*, modems*...) mais tous ces systèmes ne peuvent fonctionner ensemble de manière efficace que parce qu'ils sont activés par des logiciels sophistiqués et configurés grâce à des données techniques très précises. Ces logiciels et ces bases de données invisibles qui permettent aux réseaux de communiquer entre eux et aux utilisateurs de l'Internet d'accéder de manière transparente aux contenus qui les intéressent sont le véritable cœur du Net. Certains les appellent, très justement, l'« infrastructure », pour bien les distinguer de

l'infrastructure matérielle des réseaux. La maîtrise des éléments de cette infostructure est bien évidemment un enjeu majeur de la nouvelle économie de la communication et du cyberspace. On peut même considérer que les développements dans ce domaine sont aujourd'hui l'une des sources de la nouvelle croissance industrielle. Là aussi les techniques juridiques de la propriété intellectuelle sont d'une grande utilité : en permettant aux entreprises du secteur des NTIC et aux nouvelles *start-up* de valoriser économiquement et juridiquement leur savoir-faire et leurs innovations, la propriété intellectuelle joue un rôle incitatif central dans cette nouvelle révolution industrielle, même si cela ne va pas sans provoquer certaines controverses.

La protection des logiciels par le droit d'auteur

Les logiciels sont la base de l'infostructure des réseaux numériques, donc de la nouvelle économie elle-même. De moins en moins liés à une plate-forme matérielle donnée, ces programmes informatiques concentrent une grande partie de l'« intelligence » des réseaux, c'est-à-dire les fonctions de connexion, d'interactivité et de traitement dont les utilisateurs ont besoin pour sélectionner l'information et y accéder rapidement. À tous les maillons de la chaîne entre l'internaute et le diffuseur de contenus les logiciels sont présents : logiciels de navigation ou de messagerie installés sur l'ordinateur de l'utilisateur (les logiciels « clients »), logiciels de routage sur chaque nœud des réseaux afin de diriger les paquets de données vers leur

destinataire, logiciels-serveurs permettant la mise en ligne et la diffusion des contenus stockés sur les mémoires des sites, ou encore logiciels utilisés pour créer et mettre à jour ces sites.

Tous ces logiciels sont considérés par le droit de la propriété intellectuelle comme des créations originales – pourvu qu'il ne s'agisse pas de copies pirates de programmes préexistants – sur lesquelles leurs créateurs possèdent des droits d'auteur exclusifs. Cette application du droit d'auteur aux créations logicielles est aujourd'hui un principe mondialement reconnu, qui a été consacré par les accords ADPIC conclus en 1994, lors de la création de l'Organisation mondiale du commerce. En France, depuis 1985, le logiciel figure sur la liste du Code de la propriété intellectuelle décrivant les « œuvres de l'esprit » protégées par la propriété littéraire et artistique (article L 112-2 13° CPI). Cela n'empêche pas que certaines particularités juridiques s'attachent à l'exploitation des droits d'auteur sur les logiciels et que, dans certains cas, d'autres mécanismes de propriété intellectuelle peuvent être concurremment employés pour protéger les droits des créateurs de logiciels.

39

Les règles particulières applicables aux logiciels

Lorsqu'en 1985 la loi Lang confirma officiellement la protection juridique des logiciels par le droit d'auteur, le législateur voulut déroger sur certains aspects aux règles classiques applicables aux autres œuvres intellectuelles pour prendre en compte la nature particulière de ces objets technologiques. C'est ainsi qu'il avait décidé de limiter la durée de protection d'un logiciel à vingt-cinq années à partir de sa création, alors que les droits d'auteur

classiques survivaient cinquante ans — et soixante-dix ans aujourd'hui — après le décès de l'auteur. Cette différence, logiquement justifiée par l'obsolescence plus rapide des créations informatiques, fut néanmoins supprimée — par souci de cohérence — quelques années plus tard. Mais d'autres dérogations plus importantes demeurent et confèrent à la protection juridique du logiciel ses particularités.

La première dérogation a beaucoup fait parler d'elle à l'origine et concerne la limitation du droit de copie par l'utilisateur du logiciel. Contrairement à la règle classique que nous avons déjà évoquée qui autorise la copie à l'usage privé du copiste, le logiciel ne peut faire l'objet que d'une « copie de sauvegarde » (article L 122-6-1 II CPI). D'un point de vue pratique, la différence est de taille : l'utilisateur n'est pas autorisé à partager l'usage du logiciel, même à des fins purement privées au sein du « cercle de famille » et ne peut en effectuer qu'une unique copie. Cette seule copie autorisée ne peut être utilisée en même temps que l'exemplaire d'origine : pour qu'elle remplisse la fonction de sauvegarde, il ne doit être utilisable que pour se substituer en cas de défaillance à la copie originale. Ces limitations ont été conçues pour freiner toute forme de contrefaçon sauvage des logiciels par leurs utilisateurs finaux. Mais, aujourd'hui, elles imposent à l'internaute une vigilance accrue puisque les logiciels utilisables sur l'Internet sont souvent eux-mêmes téléchargeables en ligne (au moins à des fins d'évaluation ou de test) et que cette apparente liberté d'accès peut faire oublier que, sauf disposition plus libérale explicitement acceptée par l'auteur comme dans le cas des « logiciels libres* » que nous évoquerons ci-dessous —, ces logiciels

ne peuvent pas être librement reproduits —, même à des fins familiales ou amicales.

S'agissant toujours des droits de l'utilisateur du logiciel, il existe cependant certaines dispositions issues du droit communautaire qui visent — par compensation — à le protéger contre les éventuels abus des éditeurs et des distributeurs. Ainsi, il est explicitement prévu (article L 122-6-1 CPI) que l'utilisateur légitime, celui qui a licitement contracté une licence d'utilisation, peut effectuer tous les actes techniques nécessaires au fonctionnement normal du logiciel, y compris (sauf clauses contractuelles contraires) en corriger les erreurs. De plus, pour faire obstacle aux éventuelles manœuvres déloyales de certains fournisseurs, il possède un droit à l'interopérabilité de son logiciel avec d'autres programmes. Cela peut l'autoriser, en cas de refus de coopération de l'éditeur, à aller jusqu'à réaliser des actes de « décompilation » — le terme n'est pas dans la loi, mais correspond à la nature technique de l'opération qui consiste à retrouver le code source du programme à partir du code objet — en vue de disposer des informations techniques, notamment la structure des interfaces, indispensables au fonctionnement conjoint de plusieurs logiciels ensemble.

41

La mise en œuvre du logiciel par l'utilisateur final n'est pas la seule à être soumise à des règles particulières dérogeant à certaines règles classiques du droit d'auteur. Les conditions de la création même du logiciel et de l'attribution des droits sur celui-ci font également l'objet de dispositions spécifiques. La plus importante concerne les logiciels qui sont conçus, comme c'est en pratique souvent le cas, dans le cadre d'une activité salariée au sein d'une personne morale (entreprise ou administration).

Pour protéger en particulier l'industrie du logiciel de toutes les contestations juridiques qui pourraient l'opposer aux ingénieurs et programmeurs qu'elle emploie, le Code de la propriété intellectuelle prévoit que les droits patrimoniaux portant sur les logiciels « créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur » (article L 113-9 al. 1^{er} CPI). Par cette disposition – proche dans son esprit de celle relative aux statuts des inventions brevetables réalisées par des salariés – la loi a simplement reconnu que le logiciel, bien qu'étant une œuvre de l'esprit, est aussi une œuvre technique et industrielle. Raison pour laquelle, en matière de logiciel, les droits moraux, qui, eux, demeurent toujours entre les mains des personnes physiques, ont été également réduits à peu de chose avec la suppression du droit de repentir et de retrait et la limitation du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, tels qu'ils sont prévus à l'article L 121-7 CPI.

42

L'intéressante variante des « logiciels libres »

Le consensus international établi autour de l'application du droit d'auteur au logiciel n'a pas empêché que se développe aux États-Unis puis en Europe un intéressant mouvement alternatif dit de l'*Open Source* ou encore des « logiciels libres » (*free software*). Ce mouvement a pris une importance accrue du fait, d'une part, de la percée significative du système d'exploitation Linux, une version libre dérivée du standard Unix et, d'autre part, du rôle important qu'ont joué ces logiciels libres dans l'élaboration des standards techniques de l'Internet, en particulier au sein de l'*Internet Engineering Task Force* (IETF). À tel point que

certaines militants des logiciels libres et une bonne partie du grand public croient, de bonne foi, que cette pratique originale de développement et de diffusion des logiciels peut constituer une véritable alternative à la propriété intellectuelle et aux droits d'auteur sur les logiciels. Pourtant, les techniques d'*Open Source* ne sont qu'une variante de l'exercice de la propriété intellectuelle — dont ils illustrent en réalité la flexibilité — et non un contre-modèle.

Un logiciel libre est un logiciel dont les créateurs accordent à tous la liberté d'accéder à son code source, de le copier, de le modifier en vue de son amélioration éventuelle et de le rediffuser (éventuellement modifié) à d'autres utilisateurs. La grande différence avec l'exploitation classique des logiciels commerciaux réside dans le fait qu'ainsi le développement et l'évolution technologique du logiciel ne sont pas accaparés par le seul créateur initial, mais résultent du travail collectif et volontaire d'une communauté d'utilisateurs et de techniciens qui s'efforcent en permanence d'introduire dans le logiciel des adaptations. Des logiciels célèbres comme Linux, ou comme le navigateur* Communicator ou encore le logiciel serveur Web Apache sont à quelques variantes près des logiciels libres et connaissent donc un mode de diffusion et d'adaptation différent de celui des logiciels commerciaux classiques.

Est-ce à dire qu'un logiciel libre échappe à la protection par le droit d'auteur et que son régime juridique le situe hors de la propriété intellectuelle ? Bien que beaucoup le croient, ce n'est pas le cas. Tout d'abord, parce que la loi selon laquelle tout logiciel original est une création appartenant à son auteur s'impose à tous. Tout au plus le créateur peut-il ensuite renoncer volontairement à tout

ou partie de ses droits patrimoniaux — mais jamais à ses droits moraux qui sont inaliénables, même si, en matière de logiciel, ils sont réduits à peu de chose. Ensuite, la diffusion d'un logiciel libre oblige ses utilisateurs à en respecter à leur tour le caractère ouvert et donc à ne pas chercher à s'approprier les modifications qu'ils y apporteront eux-mêmes le cas échéant. Tel est le paradoxe : pour faire respecter la nature propre du logiciel libre, ses premiers créateurs doivent user de leurs droits intellectuels (ceux qu'ils possèdent en vertu de la loi sur les droits d'auteur) pour imposer leurs conditions aux utilisateurs. C'est ainsi que la base juridique du régime de tout logiciel libre est finalement un contrat de licence de droits intellectuels. Il en existe plusieurs variantes, dont les plus connues sont les licences GPL et Berkeley. Ces licences font d'ailleurs explicitement mention du droit d'auteur et des droits exclusifs qu'il confère.

44

De fait, ce qui s'avère réellement libre dans un logiciel « libre », c'est l'accès au code source — en cela la notion d'*Open Source* se révèle plus exacte que celle de « logiciel libre » — qui permet ensuite la libre adaptation du logiciel d'origine et la diffusion de variantes. De même un logiciel libre n'est pas toujours gratuit. Au total, il faut donc voir dans l'*Open Source* un nouveau mode de gestion des droits intellectuels sur les créations informatiques et en aucune façon une nouvelle catégorie de droits. Comme les nouveaux *business models* de l'Internet cherchent à rentabiliser un service de communication par d'autres voies que la facturation aux usagers, la diffusion de logiciels « libres » peut permettre le développement d'un logiciel sans devoir financer de lourdes équipes techniques et des réseaux commerciaux coûteux.

Les logiciels libres vont continuer de coexister avec les logiciels propriétaires traditionnels, tant il paraît difficilement envisageable d'obliger tout auteur à renoncer à une exclusivité sur l'exploitation de sa création. De plus, les utilisateurs sans compétences techniques seront sans doute nombreux à préférer acquérir à titre onéreux des logiciels commerciaux dotés d'une garantie commerciale complète, alors que, par construction, les logiciels libres sont fournis sans garantie contractuelle, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement conforme au droit de la consommation.

La protection croissante des inventions logicielles par brevet

45

L'application du droit d'auteur aux créations logicielles pourrait être comprise comme impliquant l'impossibilité de se voir délivrer un brevet pour les protéger. Cette vision manichéenne peut même découler d'une interprétation littérale de dispositions législatives excluant en Europe les « programmes d'ordinateur » du champ de la brevetabilité. Mais ces dispositions n'empêchent pourtant pas les grands offices mondiaux de brevet (y compris l'Office européen des brevets) de délivrer un nombre croissant de brevets couvrant des inventions logicielles, ce qui alimente un débat vif mais parfois mal orienté.

Une exclusion de la brevetabilité mal appliquée

Le brevet est l'instrument juridique spécifiquement conçu pour assurer la protection des droits portant sur les

innovations technologiques. Pour être brevetable, une invention doit en effet être nouvelle, c'est-à-dire n'avoir jamais été portée à la connaissance du public antérieurement; inventive, c'est-à-dire apporter à l'état de l'art antérieur une amélioration qui ne soit pas triviale pour l'homme du métier; et présenter ce que les textes appellent un « caractère industriel », et que la jurisprudence interprète comme impliquant un « effet technique », voire un simple effet « utile ».

En France comme dans les autres pays européens et au Japon (mais pas aux États-Unis), la loi ne considère pas comme de véritables inventions brevetables les « programmes d'ordinateurs [...] en tant que tels » (art. L 611-10 2 & 3 CPI). Cela signifie qu'une demande de brevet portant uniquement sur un logiciel devrait être purement et simplement rejetée. En réalité, la pratique a toujours toléré certaines exceptions.

46

Depuis longtemps les logiciels peuvent être brevetés dès lors qu'ils mettent en œuvre un procédé technique, consistant non en « une formule abstraite mais dans une succession d'étapes concrètes, matériellement exécutées », comme l'avait indiquée la cour d'appel de Paris dans un arrêt Schlumberger de juin 1981.

Mais les offices* japonais et européens, suivant l'exemple de l'office américain, ont continué à assouplir progressivement leur jurisprudence. Ainsi, l'OEB considère aujourd'hui qu'un programme informatique peut être breveté, en tant que tel, dès lors qu'il produit un effet technique qui va au-delà des « interactions physiques normales existant entre le programme et l'ordinateur sur lequel il fonctionne » (décision IBM de juillet 1998). On constate la même évolution au Japon et aux États-Unis

où — en l'absence de toute exclusion — l'office américain des brevets délivre de très nombreux brevets portant sur des innovations logicielles, favorisant ainsi les intérêts des entreprises NTIC américaines.

Faut-il supprimer l'exclusion des programmes d'ordinateur ?

Du fait des nombreux brevets protégeant aujourd'hui des inventions logicielles, tant aux États-Unis qu'au Japon ou en Europe, les États européens envisagent désormais de faire purement et simplement disparaître la mention des programmes d'ordinateur de la liste des exceptions à la brevetabilité, tant dans le texte de la convention de Munich sur le brevet européen que dans les lois nationales. Cette solution paraît présenter plusieurs avantages : tout d'abord, elle mettrait les textes en adéquation avec la pratique ; ensuite, elle placerait les créateurs européens à égalité avec leurs concurrents américains ; enfin, elle aurait pour effet de ne rendre brevetables que les seules inventions logicielles répondant aux trois conditions classiques de la brevetabilité (nouveauté, activité inventive, caractère industriel). Conclusion : seuls les logiciels véritablement innovants sur le plan technique pourraient bénéficier de cette protection juridique supplémentaire.

47

Une telle suppression ne bouleverserait donc pas les conditions de travail de l'industrie du logiciel. Breveter quelques véritables inventions se présentant sous forme logicielle ne supprimerait pas la protection par le droit d'auteur de tout programme informatique original. L'ensemble des logiciels originaux resterait protégé par le droit d'auteur contre les risques de la copie servile et du piratage, alors que seuls certains d'entre eux, mettant en

œuvre une innovation technique particulière, pourraient revendiquer un brevet leur conférant une exclusivité renforcée qui porterait généralement sur un aspect partiel du logiciel complet. Seuls ces logiciels particulièrement innovants connaîtraient une double protection, sans risque réel de conflit puisque le droit d'auteur protège toujours la forme d'écriture du logiciel et le brevet l'usage du principe technique mis en œuvre.

D'un point de vue théorique, cette reconnaissance ne ferait que consacrer une évolution historique incontestable : aujourd'hui l'intelligence productive, y compris dans les industries manufacturières, réside essentiellement dans les systèmes d'information, c'est-à-dire finalement dans des logiciels. Une société postindustrielle comme celle dans laquelle nous vivons depuis une vingtaine d'années se définit par le fait que les ressources productives ne sont plus uniquement des ressources matérielles ou énergétiques, celles qu'Alvin Toffler considère comme se rattachant aux deux premières « vagues », mais aussi et surtout des ressources informationnelles, celles de la « troisième vague ». En ouvrant aux inventions logicielles le droit à la protection, le système des brevets ne suivrait donc que le mouvement économique et technologique.

Cette évolution possible prend tout son sens dans le contexte du commerce électronique sur l'Internet. Pour que ce secteur d'activité puisse trouver auprès des investisseurs le soutien financier nécessaire à son expansion, il est indispensable que les innovations (le plus souvent logicielles) censées assurer la croissance des nouveaux acteurs, en particulier des *start-up*, puissent être protégées contre le parasitisme des concurrents et rester exclusives assez longtemps afin de rentabiliser leur développement.

C'est pourquoi il faut considérer le recours croissant au brevet dans les technologies de l'information – ce que les Américains appellent déjà les *e-patents* – comme un composant utile à la consolidation de la nouvelle croissance industrielle et à la valorisation de ce que l'on appelle parfois la « nouvelle économie ».

Il est donc paradoxal qu'une partie des milieux les plus impliqués dans le développement de l'Internet croie voir dans cette croissance des brevets logiciels une menace pour le développement des technologies de l'information et du cyberspace. À y regarder de plus près, on se rend compte que cette opposition féroce de certains partisans des logiciels libres contre la brevetabilité des logiciels s'explique essentiellement par un malentendu.

La plupart des opposants à la brevetabilité du logiciel expriment l'idée – déjà évoquée plus haut – que la diffusion libre des logiciels serait antinomique avec la propriété intellectuelle, et plus particulièrement avec la protection par brevet. Nous avons déjà souligné qu'un logiciel libre n'échappe pas à la propriété intellectuelle, mais constitue simplement une variante de diffusion librement choisie par ses créateurs. Dès lors, la prise d'un brevet par ces mêmes créateurs originaux ne les empêchera absolument pas de procéder à une libre diffusion. L'obtention d'un brevet impliquant nécessairement la divulgation publique de la technologie et celle du code source, breveter une invention logicielle assurera mieux la diffusion publique du contenu technique de l'innovation que le simple recours au droit d'auteur, qui n'impose aucunement de procéder à une publication et qui peut très bien s'accommoder du maintien d'un secret technologique fort. Quant à l'idée selon laquelle le brevet permettrait à certains

industriels de s'approprier indûment le fruit des développements réalisés par des développeurs indépendants, il y a là encore une réelle confusion : l'application même des règles de brevetabilité, en particulier l'application des conditions de nouveauté et d'activité inventive, empêche qu'un brevet puisse être valablement délivré pour couvrir une technologie déjà connue. Au contraire, il est clair que le recours au brevet par un créateur peut être le vrai moyen d'empêcher qu'une grande firme commerciale puisse s'inspirer *a posteriori* de son innovation pour réaliser de nouveaux logiciels qui – puisque seul le concept technique innovant serait repris – ne constitueraient pas une contrefaçon au titre du droit d'auteur.

50

En fait, le débat sur la brevetabilité des logiciels est largement pollué par une opposition socioculturelle sous-jacente. La majorité des opposants à cette évolution sont issus des milieux de la recherche scientifique et de l'enseignement universitaire. Par principe et par fonction, ils incarnent une vision non marchande de l'Internet et cherchent légitimement à faire contrepoids aux intervenants purement commerciaux de la nouvelle économie et, en particulier, aux industriels des technologies de l'information. Or, dans les esprits, il existe parfois comme une opposition manichéenne (et donc artificielle) entre la « bonne » propriété intellectuelle qui serait celle du droit d'auteur, perçu comme protégeant les seuls intérêts moraux et culturels des artistes, et la propriété industrielle « mercantile » des brevets, censée être au service des seules entreprises marchandes. Nous l'avons vu, cette vision des choses est largement erronée, notamment dans le domaine du logiciel : en effet, le droit d'auteur sur les logiciels ne concerne que peu d'aspects culturels et

moraux et sert essentiellement à assurer la préservation des intérêts économiques des développeurs et des éditeurs de logiciels. Il ne peut donc pas exister en la matière de hiérarchie morale entre les différents modes de propriété intellectuelle. Face à des éditeurs de logiciels mondiaux et surpuissants qui disposent de tous les moyens pour écrire des programmes à la forme achevée et à l'ergonomie soignée, la seule plus-value que peuvent revendiquer les créateurs et développeurs indépendants est généralement de nature technologique : c'est alors le brevet qui peut, seul, préserver cette valeur ajoutée contre le parasitisme des grands prédateurs du logiciel commercial et non le droit d'auteur. Celui-ci ne protégeant que la forme du code, il est paradoxalement plus efficace pour préserver les grands logiciels commerciaux contre la copie de masse.

Pour autant cette controverse vive sur la protection des inventions logicielles par brevet a l'avantage de mettre l'accent sur un autre problème plus préoccupant. Certaines des prétendues innovations techniques que les acteurs de la nouvelle économie cherchent à breveter ne le sont pas réellement. Il s'agit en réalité de simples processus commerciaux ou financiers imaginés pour mieux approcher et fidéliser des clients de services en ligne. Sous prétexte que ces méthodes commerciales originales adaptées à la nouvelle économie sont nécessairement traduites sous la forme logicielle, certains des nouveaux entrepreneurs de l'Internet voudraient en profiter pour se faire attribuer des brevets.

On voit donc couramment associées les notions de « brevet logiciel » (*software patents*) et de brevetabilité des « méthodes commerciales » (*business methods*). Il s'agit

52 pourtant de deux sujets différents qui font d'ailleurs actuellement l'objet de deux exclusions distinctes : l'article L 611-10c CPI exclut explicitement « les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ». Et si breveter une invention logicielle ne remet pas en cause les principes classiques de la brevetabilité dès lors que cette invention comporte une dimension technique, accepter de breveter de simples méthodes commerciales, sous prétexte qu'elles exprimeraient les nouveaux *business models* de l'Internet, reviendrait à bouleverser ces principes. Les effets de tels brevets « commerciaux » seraient à terme dangereux pour ce que les juristes anglo-saxons appellent le « domaine public », c'est-à-dire la partie des connaissances et des formes d'expression intellectuelle qui doivent demeurer libres pour préserver la liberté de pensée et d'expression, ainsi que l'accès non discriminatoire à la culture. Autant reconnaître un droit exclusif sur une invention technique logicielle satisfaisant aux conditions de brevetabilité ne peut pas avoir d'effet significatif sur l'accès des citoyens à la connaissance et aux services d'intérêt général, autant la reconnaissance de monopoles au profit de pratiques commerciales ou financières sans réelle innovation technique imposerait des limites insupportables à la liberté d'expression, à la concurrence et à la liberté du commerce — donc à la vitalité de la nouvelle économie elle-même.

Si le débat a pris une telle virulence, c'est parce que beaucoup, tant parmi les partisans que parmi les adversaires de la brevetabilité des logiciels, confondent ces deux aspects. Il importe donc de le dépassionner

en distinguant ce qui relève de l'application normale et nécessaire de la propriété industrielle de ce qui constituerait une révolution juridique hasardeuse. D'autant qu'il existe aujourd'hui d'autres moyens juridiques pour assurer la préservation des investissements économiques que le recours à la propriété intellectuelle. La protection juridique des bases de données nous en fournit un bon exemple, dont les conséquences sur l'infrastructure de l'Internet vont être importantes.

Les nouvelles protections offertes aux bases de données

Au cœur des réseaux numériques et de la nouvelle économie qui s'y développe, on trouve de très nombreuses bases de données. Ces bases de données sont des ensembles ordonnés de grandes masses d'informations que des outils logiciels performants (les logiciels de gestion de base de données) permettent de trier, de consulter et d'exploiter rapidement. Sur l'Internet, deux grandes catégories de bases de données coexistent : d'une part, les bases de données d'adressage et de routage réparties entre tous les nœuds du réseau mondial, lesquelles permettent aux données qui circulent de trouver leur destinataire ; d'autre part, la grande majorité des services en ligne, qui utilisent des bases de données soit pour classer les informations à diffuser (la base de données des horaires d'avion sur laquelle repose un site de réservations aériennes par exemple), soit pour conserver et exploiter les données recueillies sur les clients internautes (ce peut être les références des abonnés, ou simplement

les informations recueillies – parfois à l'insu de l'internaute – par le biais des *cookies**).

Sans ces bases de données et leur mise à jour permanente, la communication sur l'Internet et les transactions qu'elle permet seraient impossibles. La maîtrise de l'économie des réseaux numériques passe donc bien par celle des bases d'informations, qui sont vitales pour le commerce électronique bien qu'elles soient généralement invisibles pour l'internaute. Mais l'appropriation de ces ensembles d'informations n'est pas simple et oblige à mettre en place de nouveaux instruments juridiques.

Un objet juridique complexe

La particularité du statut juridique d'une base de données provient de ce qu'une base est un objet complexe qui comprend plusieurs composants distincts mais interactifs. L'utilisateur y accède et la consulte tout d'abord au moyen d'un logiciel d'interrogation et de recherche. Celui-ci n'est pas toujours apparent puisque, sur le Web, ce type de logiciel fonctionne souvent en arrière-fond, l'internaute se contentant de formuler des requêtes sans se rendre compte que ses demandes sont transmises à un logiciel qui va extraire de la base les informations nécessaires et les afficher à l'écran sous la forme d'une page Web classique. Mais ce logiciel s'avère un outil indispensable sans lequel les données de la base demeurent inexploitable. Pourtant, juridiquement, ce logiciel reste distinct de la base et de ses données : tandis que l'on applique au logiciel de gestion de base de données, parfois dénommé SGBD, les règles de droit d'auteur applicables à tous les autres logiciels, le statut des données se révèle plus complexe.

Second élément de toute base de données, les données elles-mêmes, c'est-à-dire des informations stockées sous une forme numérique, dont le statut peut varier suivant leur contenu : s'il s'agit de photographies ou de textes littéraires, ces contenus sont protégés individuellement par les règles du droit d'auteur (ou d'autres moyens de propriété intellectuelle que nous avons déjà vus) ; en revanche, si ces données ne sont que des informations techniques ou factuelles (comme des résultats statistiques, des données météorologiques, ou encore des coordonnées géographiques), elles ne sont pas couvertes par le droit d'auteur et sont donc, *a priori*, réutilisables et réexploitables par des tiers.

Mais il existe dans une base un troisième élément invisible : sa « structure ». Pour que les données stockées soient exploitables et accessibles via le logiciel d'interrogation, il convient qu'elles aient été préalablement stockées et indexées selon une organisation rationnelle appropriée. Ce « plan de classement » électronique, pour reprendre une expression usuelle, est l'une des sources essentielles de plus-value de la base : un même stock d'informations sera plus ou moins facilement exploitable suivant l'organisation qui aura été retenue. Juridiquement, on s'intéresse donc de manière autonome à la structure intellectuelle de la base indépendamment de son contenu, car une même structure peut être transférée — avec ou sans adaptations — d'un type de contenus à un autre. À chaque fois que, dans une base de données, « le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles » — c'est-à-dire présentent un caractère d'originalité suffisant et ne se limitent à reproduire des modes d'indexation ou de présentation usuels —, le droit d'auteur protège cette structure

en tant que telle (article L 112-3 CPI). Son auteur peut alors s'opposer à ce qu'elle soit réutilisée sans son accord, même pour traiter d'autres contenus.

On voit donc que dans certains cas les règles du droit d'auteur peuvent avec quelques variantes s'appliquer non seulement au logiciel d'interrogation, mais également aux données stockées, voire à la structure originale de leur classement et de leur indexation. C'est alors la situation juridique la plus favorable pour celui qui a conçu et réalisé la base de données (appelé juridiquement le « producteur » de la base). Il va pouvoir faire valoir des droits exclusifs sur tous les éléments qui la constituent et empêcher ainsi les tiers d'en reprendre tant le contenu que la forme et l'architecture intellectuelle. Mais, il se peut que les données ou leur structure ne soient pas suffisamment originales pour pouvoir profiter de la protection du droit d'auteur, ce qui risque de remettre en cause l'exclusivité de son exploitation par le producteur.

56

Une nouvelle protection des droits des producteurs

La constitution d'une base ne contenant pas d'informations originales (au sens du droit d'auteur) ou ne mettant pas en œuvre une indexation innovante peut néanmoins représenter un travail technique et des investissements économiques importants. Imaginons un simple index alphabétique des abonnés au téléphone, au gaz ou à l'électricité : dans ce cas, c'est la masse des données — et leur mise à jour — qui compte, même si le mode de classement et la nature factuelle des données ne constituent pas une création intellectuelle.

L'Union européenne, suivie par les différents États membres, a donc décidé en 1996 de prévoir qu'indépendamment de l'éventuelle protection de tout ou partie de la base par la propriété intellectuelle les producteurs de base de données pourraient bénéficier, dans certaines conditions, d'une protection juridique de leurs investissements et se prémunir contre les tiers qui tenteraient de les détourner à leur profit. Ce risque de parasitage est très important lorsque la base de données est accessible en ligne, phénomène de plus en plus courant, en particulier sur l'Internet, car il devient possible, par des interrogations répétées, d'extraire certaines des données de la base et donc de reconstituer, au moins partiellement, une base concurrente.

C'est pourquoi une directive du 11 mars 1996, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 1998, donne maintenant aux producteurs de bases de données le droit d'interdire – ou d'autoriser sous conditions – l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, et même, dans certains cas, de parties non substantielles, du contenu d'une base (articles L 342-1 à L 342-5 CPI). Cette protection contre le parasitisme des tiers est valable pendant quinze ans, renouvelables en cas d'enrichissement significatif ultérieur de la base.

Mais ce qui est remarquable dans cette nouvelle protection (qualifiée par la directive européenne de *sui generis*), ce sont les conditions auxquelles elle est soumise. Seules sont retenues des considérations économiques. La nature des données stockées dans la base ou de la structure de leur classement n'entre aucunement en ligne de compte. La loi impose uniquement que le producteur justifie que « la constitution, la vérification ou la présentation » du contenu

de la base « attestent d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » (article L 341-1 CPI). Autrement dit, il s'agit bien d'un dispositif de protection visant à préserver les investissements du producteur, et non à lui reconnaître une quelconque propriété sur une création intellectuelle — ce qui n'empêche pas que le producteur puisse combiner les deux protections si la base ou ses contenus sont des créations intellectuelles.

Une nouvelle voie pour protéger les sites Web eux-mêmes ?

58

Étant donné les nouvelles possibilités ouvertes par le droit des bases de données, certains voudraient y voir le moyen privilégié de protection des droits des créateurs de site Web. De plus en plus souvent, un site Web se présente comme un ensemble d'éléments numériques (textes, images, sons, données, mais aussi modules logiciels permettant son interactivité) qui sont articulés ensemble et accessibles par le biais de logiciels (logiciels de création de site et logiciels-serveurs). L'ensemble de cet assemblage complexe représente un investissement économique et créatif important.

Faut-il pour autant considérer juridiquement tous les sites comme des bases de données et assurer ainsi la protection des investissements de leurs créateurs ? Cela nous semble excessif. Si certains sites, notamment de commerce électronique, peuvent être considérés comme de véritables bases de données en ligne, il apparaît à l'analyse que beaucoup de sites Web, en particulier ceux qui ne présentent qu'un contenu informatif ou institutionnel, ne sont pas à proprement parler des bases interactives, mais un simple assemblage convivial de textes,

d'images ou de sons. On ne peut alors que les classer parmi ce que les juristes dénomment – faute de mieux – les « œuvres multimédias » (catégorie dans laquelle on range souvent les contenus interactifs sur cédéroms).

Ces œuvres multimédias ne bénéficient pas d'une protection juridique spécifique, mais simplement de la conjonction des règles de propriété intellectuelle communes à leurs différents éléments. On leur applique le plus souvent les règles de base du droit d'auteur, la plupart de leurs composants y étant soumis, auxquelles peuvent s'ajouter parfois certaines protections issues de la propriété industrielle, sachant qu'il est possible de revendiquer des dessins ou modèles pour protéger la présentation visuelle d'une page Web.

On pourra regretter que les sites Web, qui forment les éléments de base de la partie la plus visible de l'Internet, ne puissent pas bénéficier d'une protection juridique plus homogène et que ne soit pas poursuivi l'effort juridique déjà réalisé pour adapter la propriété intellectuelle aux cas des logiciels et des bases de données. Mais il faut comprendre que s'il est relativement facile au droit de la propriété intellectuelle d'assurer la protection juridique des contenus numériques ou d'organiser l'appropriation des outils techniques qui supportent les réseaux, il est beaucoup plus complexe de définir simplement les droits applicables à des objets hybrides comme les sites, lesquels sont tout à la fois des « contenant » intelligents et interactifs et des assemblages de contenus. En dépassant ainsi les cadres et les classifications traditionnelles, l'Internet bouscule bien le droit de la propriété intellectuelle et, s'il ne rend pas ses principes obsolètes, il crée des situations et des difficultés nouvelles qui l'obligent à évoluer.