

Le statut particulier des créations logicielles en droit suisse

The special status of software creations under Swiss law

Hermine LACOUR

Docteure en droit, juriste d'entreprise

Le droit de la propriété intellectuelle suisse fait des logiciels des créations particulières. Excluent de manière prétorienne du champ du droit des brevets, le droit d'auteur les protège, tout en les soumettant à un régime particulier, à prendre en compte pour connaître l'étendue de la protection et la titularité des droits.

Swiss intellectual property law makes software a special type among creations. Excluded from the scope of patent law, copyright law includes software in the scope of its protection, while subjecting them to a particular regime. Such particularities must be taken into account to determine the scope and the ownership of rights.

Introduction

Si la position de la Suisse est pour le moins établie sur le plan de l'innovation¹, il est peut-être moins connu que la Confédération est également un terrain fertile pour l'industrie logicielle². Compte tenu des évolutions évidentes des pratiques de l'industrie au cours des trois dernières décennies, il est d'intérêt de faire le point sur le régime spécifique des créations logicielles suivant une perspective influencée par l'état de la technique actuelle.

I. La protection des programmes en droit de la propriété intellectuelle suisse

A. Une exclusion du champ des brevets

D'un point de vue national, les programmes en tant que tels ont été exclus du champ de la brevetabilité par le Tribunal Fédéral, car ne mettant pas en œuvre les forces de la nature³. La décision est toutefois ancienne et il est à noter que la Loi sur les brevets (LBI)⁴ ne mentionne pas les créations logicielles, dès lors la question d'une évolution jurisprudentielle reste ouverte, sans pour

¹ La Suisse se classe en pole position au Global Innovation Index, V. S. Dutta, B. Lanvin *et al.* (éd.), « Global Innovation Index 2022, What is the future of innovation-driven growth ? », Etude, Genève: OMPI, 2022, Disponible en ligne https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2022/ [Consulté le 29.09.2022], p. 19.

² La Suisse se classe ainsi 5^e au classement World Digital Competitiveness, une position en amélioration par rapport à 2021, V. A. Bris, C. Cabolis (dir.), « IMD World Digital Competitiveness ranking

2022 », Lausanne : IMD, 2022, Disponible en ligne <https://www.imd.org/centers/world-competitiveness-center/rankings/world-digital-competitiveness/> [Consulté le 29.09.2022], p. 154.

³ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) *Canguilhem*, ATF 98 Ib 396, c. 4. V. sur ce point commentaire I. Cherpillod / F. Dessemontet *et. al.* *Brevets d'invention, quarante ans de jurisprudence fédérale*, Lausanne : CEDIDAC, 1996, pp- 29-30.

⁴ Loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 232.14 (= LBI).

autant faire l'objet de débats à l'heure actuelle.

B. La protection par le droit d'auteur

Le principe de la protection des programmes par le droit d'auteur s'est établi dans les années 1980, à la faveur du projet de révision de la Loi sur le droit d'auteur (LDA)⁵. Si, de manière originale, un droit *sui generis* des programmes d'ordinateur avait pu être évoqué en 1984⁶, cette proposition a été balayée par la III^e commission d'experts en 1989⁷, se ralliant au mouvement international d'intégration des créations logicielles dans le périmètre du droit d'auteur, proposition entérinée dans la nouvelle LDA de 1992⁸.

Aujourd'hui le texte de la LDA est clair et mentionne explicitement les « programmes d'ordinateur » ou « logiciels » comme des créations de l'esprit protégées au titre du droit d'auteur en son article 2, al. 3 :

« Art. 2 - Définition

¹ Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel.

² Sont notamment des créations de l'esprit : [liste exemplative de créations susceptibles de protection].

³ Les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres ».

Il est notable que les programmes d'ordinateurs font l'objet d'un traitement d'exception formel de la part du législateur, qui ne mentionne pas les programmes parmi sa liste exemplative, mais procède à une mise

à part à l'alinéa suivant. Cette rédaction a pu faire couler de l'encre parmi la doctrine, qui y a vu deux interprétations non exclusives : d'une part, la mise en valeur de leur régime particulier, d'autre part, le caractère de fiction de leur rattachement au droit d'auteur⁹. Néanmoins, ce statut particulier n'est pas porteur de conséquences dans la pratique¹⁰ et, en l'absence d'un réel besoin de clarification, l'article n'a pas été modifié lors de la dernière mise à jour de la loi¹¹. Reste toutefois à mentionner que le régime applicable aux programmes ou logiciels est différent du régime des œuvres standards.

II. Le régime spécifique des programmes

La protection des créations logicielles divergent en différents aspects du régime applicable aux autres œuvres de l'esprit, notamment en matière de durée de la protection (A), des exceptions (B), de titularité (C) et d'épuisement (D).

A. La durée de protection des programmes

Un point tout à fait notable est que le droit d'auteur sur les programmes fait l'objet de certaines particularités. Le premier point concerne la durée du droit d'auteur (art. 29 LDA) : pour les œuvres en général, la protection est de 70 ans à compter du décès de l'auteur, alors qu'en matière logicielle elle n'est que de 50 ans, un principe également valable pour d'autres créations « automatiques », les photographies et créations assimilées sans caractère individuel¹².

⁵ Loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 231.1 (= LDA).

⁶ E. Neff / M. Arn, *Urheberrecht im EDV-Bereich*, 1^e éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn (SIWR), 1998, (= Neff/Arn, in : SIWR II/2), p. 16.

⁷ Feuille Fédérale (FF) 1989 III 465, pp. 488.

⁸ Neff/Arn, in : SIWR II/2, pp. 17-19.

⁹ Relevant ce caractère de fiction et le fait que cette mise à part correspond au régime spécifique des programmes au sein du droit d'auteur : M. J. Lutz, « Les programmes d'ordinateur », in F. Marchetto / I.

Cherpillod et al., *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, Lausanne : CEDIDAC, 1994, p. 169.

¹⁰ Pour une part de la doctrine, il ne s'agirait même que d'un choix malheureux de rédaction, Neff/Arn, in : SIWR II/2, p. 131.

¹¹ Loi fédérale du 27 septembre 2019, en vigueur depuis le 1er avril 2020 (RO 2020 1003 ; FF 2018 559).

¹² Le droit suisse recourt à la notion d'individualité et non d'originalité depuis 1992, dans une optique de rupture avec l'ancienne appréciation subjective de l'originalité et la recherche du « cachet de l'auteur », F. Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats*

B. Les exceptions au droit d'auteur

La LDA procède à une énumération exhaustive des exceptions au droit d'auteur, et il apparaît de manière évidente un régime d'exception pour les créations logicielles. Ainsi, l'exception pour usage privé, à des fins pédagogiques ou d'information pour les entreprises, organisée par l'article 19 de la LDA est explicitement exclue, de même que la possibilité de réaliser des exemplaires d'archives (art. 24, al. 1), l'utilisation à des fins de recherche scientifique (art. 24 d), ou encore l'exception de panorama (art. 27).

En revanche, il existe trois exceptions spécifiques pour les programmes.

Compte tenu de l'exclusion de l'usage privé ou de la prohibition des exemplaires d'archives, le législateur a prévu la possibilité de réaliser une copie de sauvegarde (art. 24 al. 2), tout en notant que l'exception n'est pas impérative et peut donc être exclue par contrat.

Il est également possible de procéder à la décompilation à des fins d'interopérabilité (art. 21), cependant cette exception paraît quelque peu datée à l'heure actuelle et ne connaît que peu d'applications pratiques. En effet, de notre pratique, nous voyons une constante exclusion contractuelle d'une telle possibilité, et son remplacement par des clauses de garantie ou de maintenance, somme toute plus pratiques, la décompilation n'étant pas une opération aisée pour des applications complexes.

Enfin, la dernière exception n'est pas prévue par la loi, mais par son ordonnance d'application : l'article 17 de l'ODA¹³ prévoit ainsi une exception d'utilisation « par l'acquéreur légitime ». La rédaction est malheureuse, car cette exception ne prévoit l'utilisation que par « l'acquéreur ». Le recours à la version allemande, *Erwerber*,

confirme cette notion d'acquéreur et non « d'utilisateur ». Suivant une interprétation littérale, l'acheteur d'un jeu-vidéo serait alors libre de l'utiliser et, notamment, les reproductions temporaires nécessaires à l'exécution sont justifiées, mais ses proches ne pourraient pas en faire autant. Dans la pratique, cette exception paraît aujourd'hui davantage formelle qu'autre chose : du fait de l'évolution de la technique, nous acquérons rarement un logiciel en tant que tel, et il est acquis que l'acquéreur d'un exemplaire dispose des droits suffisants à son usage naturelle. En revanche, nous concluons des licences d'utilisation pour clarifier l'étendue exacte des droits concédés.

C. Titularité

La titularité des droits sur les programmes est également spécifique en matière de création logicielle salariée, ainsi que dans le cadre des institutions publiques.

En matière de création salariée, l'employeur est seul autorisé à exercer les droits d'utilisation sur les logiciels, sous réserve d'une double condition : exercice de la mission du salarié et conformément à son contrat de travail, disposition spécifique aux seuls logiciels (art. 15 LDA). La rédaction interroge, car il n'est pas fait mention d'une cession, mais d'une autorisation exclusive sur les droits d'utilisation, ce qui pourrait laisser penser à un coauteur privilégié. Cependant, compte tenu de l'absence de possibilité de titularité *ab initio* des droits d'auteur pour les personnes morales en Suisse, la doctrine retient que ce terme « d'autorisation » vaut cession exclusive des droits patrimoniaux, sans cession des droits moraux¹⁴.

En matière d'institutions publiques, le caractère fédéral du droit suisse implique une vérification au cas par cas. En effet, le droit local applicable¹⁵ pourra prévoir un transfert

de licence, 2^e éd., Lausanne : Centre du droit de l'entreprise, 2011 (Publication CEDIDAC), pp.51s.

¹³ Ordonnance sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS 231.11.

¹⁴ V. De Werra in J. De Werra/P. Gilliéron (édit.), *Propriété intellectuelle : Loi sur le droit d'auteur, Loi sur la protection des marques, Loi sur les designs, Loi sur les brevets, Droit international privé, Droit de la*

concurrency : commentaire, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2013 (cit. CR PI), N°14-18 ad Art. 17 LDA.

¹⁵ A noter que les des deux écoles polytechniques fédérales, EPFL et ETH, sont soumises à une loi fédérale dédiée, Loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales, RS 414.110.

à l'institution pour ses salariés (incluant également les doctorants disposant d'un contrat de travail), sans qu'aucune règle générale n'existe (certains cantons peuvent prévoir un transfert des droits, quand d'autres réglementations sont muettes).

D. Épuisement des droits

L'épuisement est à citer, car la disposition mentionne expressément les logiciels. Cependant, plus qu'un régime particulier, il s'agit à notre sens davantage d'une conséquence du caractère immatériel des programmes.

Le droit suisse prévoit un principe d'épuisement international, un auteur ne peut pas empêcher la circulation en Suisse d'un exemplaire licitement mis en circulation sur un quelconque territoire¹⁶. L'article 12 de la LDA supprime toutefois le caractère d'exemplaire en matière de logiciels, ce qui impose quelques commentaires pour en comprendre la portée :

« Art. 12 - Épuisement de droits

¹ Les exemplaires de l'œuvre qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent l'être à nouveau ou, de quelque autre manière, être mis en circulation.

^{1bis} Les exemplaires d'une œuvre audiovisuelle ne peuvent être revendus ou loués qu'à partir du moment où l'exercice du droit de représentation de l'auteur n'en est plus entravé (art. 10, al. 2, let. c).

² Les logiciels qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent être utilisés ou aliénés à nouveau. »

Il apparaît de manière claire que l'épuisement ne s'applique qu'à l'aliénation, c'est-à-dire une séparation définitive¹⁷, impliquant un transfert du droit de propriété¹⁸. Dès lors, en matière logicielle, l'épuisement s'applique

principalement à la « vente » de certains programmes intégrés sur un support, sans s'étendre au prêt d'une œuvre logicielle sur un support. Deux cas d'application sont à envisager : les logiciels de type « boîte », mode de distribution qui perd cependant le pas sur la distribution dématérialisée¹⁹ ; et les programmes embarqués, dont ni l'ancien propriétaire ni l'auteur ne peuvent s'opposer à leur transmission au nouvel acquéreur du matériel²⁰, pour autant que la forme de la partie logicielle ne puisse être changée²¹.

A notre sens, le point des logiciels embarqués ne peut s'étendre au transfert de programmes via la revente d'un matériel (par exemple revente d'un ordinateur sur lequel des applications ont été installées), car une simple licence n'emporte pas aliénation, et le titulaire des droits devra autoriser ou non la transmissibilité du contrat pour en permettre la circulation. Il en va de même dans le cas où la fourniture d'un programme s'apparente à une location (*software as a service* par exemple, où le programme est fourni dans le cadre d'un ensemble de prestations). Il n'y a, alors, pas d'aliénation, mais une simple autorisation d'utilisation pour les besoins du service. Dès lors, avant de s'appuyer sur l'épuisement des droits initiaux pour transmettre son « exemplaire », il sera nécessaire de procéder à une vérification de la licence initiale.

III. Un point de vue actuel sur le droit suisse

De manière évidente, tant les sources que la jurisprudence en matière de droit des programmes sont aujourd'hui datées, or le développement informatique a profondément changé ces trois dernières décennies, avec un recours systématique au développement modulaire et la généralisation des télécommunications

¹⁶ En vertu d'un arrêt du Tribunal fédéral précisant la portée de l'art. 12 LDA : ATF 124 III 321, c. 2, j).

¹⁷ CR PI-Philippin, N°8 *ad* Art. 12 LDA.

¹⁸ CR PI-Philippin, N°8-15 *ad* Art. 12 LDA.

¹⁹ Ainsi, le prêt ne peut pas emporter aliénation, CR PI-Philippin, N°9 *ad* Art. 12 LDA.

²⁰ Neff/Arn, in : SIWR II/2, p. 248,

²¹ Constat somme toute logique, l'exemplaire embarqué « poursuit sa route », à condition toutefois que celui-ci soit véritablement intégré. D. Barrelet / W. Egloff, *et al.*, *Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Berne : Staempfli, 2008, p. 83.

permettant d'éviter un recours à une installation physique.

Aujourd'hui, le langage courant n'évoque plus vraiment des programmes ou logiciels, mais des applications et des composants, sachant que toute application est un ensemble de différentes créations logicielles, et, partant, représente une création complexe, ainsi qu'un ensemble contractuel d'autorisations sur les droits associés²². D'un point de vue pratique, il est évident que le développement est devenu complexe et qu'une application est rarement une création unitaire écrite par une seule personne, la réutilisation de code étant devenue une pratique standard et permettant l'écriture de programmes toujours plus élaborés²³.

Dès lors, une question importante est de savoir si cette évolution des créations logicielles et du vocabulaire pourrait poser problème : tout régime d'exception devant fait l'objet d'une application stricte, la portée de la LDA au regard du nouveau périmètre des créations logicielles doit être évaluée.

De manière évidente, la première confrontation est à faire sur le sens même des termes de la loi. En ce qui concerne la définition des programmes d'ordinateur, la loi n'en contient simplement aucune et se contente de préciser que les mots « logiciel » et « programme » sont synonymes (art. 2, al. 3). A ce sujet, la jurisprudence n'a apporté que peu de précisions supplémentaires : la lecture de différents arrêts en la matière montre que « programme d'ordinateur » ou « *software* » est appliqué à une partie de la part immatérielle d'un ordinateur, sans plus de précision quant à la finalité, l'unité ou l'autonomie de cette part²⁴. Dès lors, reste le recours à la littérature. La doctrine s'appuie généralement sur une traduction du Copyright Act²⁵, « une suite ordonnée d'instructions destinées à être exécutées

directement ou à être utilisées en appoint par l'ordinateur pour obtenir un certain résultat »²⁶, et s'accorde sur deux critères liés aux programmes : une création en langage de programmation et une création fonctionnelle²⁷.

Cette définition reste cependant à relativiser. En effet, le législateur a opté pour le silence de manière intentionnelle, afin de permettre à la loi de s'adapter aux évolutions de la technique²⁸, guidant une interprétation téléologique²⁹. A notre sens, il est ainsi important de s'attacher à la réalité de l'industrie et toute création écrite en code et disposant d'une unité suffisante pour établir son individualité devrait faire l'objet de ce régime spécifique, sans davantage de débat.

Nous nous interrogeons de savoir si une évolution en matière de droit des créations logicielles viendrait non pas sur le plan du droit d'auteur, mais en droit des brevets. En effet, comme noté précédemment, le texte de la LBI ne mentionne pas les logiciels et la jurisprudence est à la fois ancienne et peu loquace en la matière. Il n'existe ainsi aucune contre-indication formelle à une évolution du droit positif en la matière. De plus, la Suisse est partie à la Convention sur le Brevet Européen, or l'OEB dispose de possibilités plus étendues en matière de brevet, plus particulièrement la décision « *Garbage Collector* » reconnaissant la possibilité de breveter une création logicielle dès lors que l'invention présentait un « effet technique supplémentaire »³⁰. Face à un état de l'art sans cesse en évolution, des créations de plus en plus complexes et une réelle dynamique d'évolution, les possibilités de brevet logiciel pourraient, à notre sens, être étendues en Suisse. La curiosité est d'autant plus forte compte tenu de l'arrivée prochaine de la juridiction unifiée sur le brevet unitaire, qui

²² H. Lacour, *Les composants logiciels libres*, Thèse de doctorat, Neuchâtel : Unine, 2021, pp. 79s.

²³ Ibid.

²⁴ A ce titre, ATF 98 IB 396, ATF 125 III 263, ATF 124 III 456.

²⁵ §101, Copyright Act, 17 U.S.C.

²⁶ P. Gillieron, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne, CEDIDAC, 2003, p. 247.

²⁷ L. Bühler, *Schweizerisches und Internationales Urheberrecht im Internet*, Fribourg : Universitätsverlag, 1999, pp. 89 s.

²⁸ FF 1989 III 465, p. 507.

²⁹ La loi s'interprétant en premier selon sa lettre, à moins d'ambiguïté, ATF 140 V 458, c. 5.1.

³⁰ OEB, T 0121/06, *Garbage collection* / TAO Group, 25 janvier 2007.

pourrait amorcer cette dynamique
de changement.

H. L.