



Protection des logiciels La guerre est déclarée !

Commentaire de l'arrêt de la CJUE du 2 mai 2012 ⁽¹⁾
[voir p.265] qui précise les composants du logiciel
bénéficiant de la protection par le droit d'auteur.

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 2 mai 2012 un arrêt certes juridiquement compréhensible, mais pour le moins saisissant quant à ses effets sur l'univers du logiciel et, en particulier, du licensing déjà touché par une décision récente rendue aux États-Unis dans une affaire opposant Oracle à Google.

Pour mémoire, l'affaire ayant donné lieu à questions préjudicielles concernant une société, SAS Institute Inc., qui avait développé un ensemble intégré de programmes permettant de traiter et d'analyser des données, notamment des analyses statistiques : le « système SAS ». Ce système permettait aux utilisateurs d'écrire et d'exécuter des scripts (programmes d'application) écrits dans le langage de programmation SAS afin de traiter les données. La société World Programming Ltd (WPL) estimant qu'il existait un marché potentiel pour un logiciel alternatif capable d'exécuter des programmes d'application écrits en langage SAS a régulièrement acquis un exemplaire du logiciel SAS dans sa version d'apprentissage, fourni sous licence, et a étudié ces programmes pour comprendre leur fonctionnement afin de créer un logiciel de substitution : le World Programming System (WPS) ⁽²⁾.

SAS Institute a introduit une action devant la High Court of Justice (Royaume-Uni) visant à faire constater que WPL avait copié les composants du système SAS et ses manuels ⁽³⁾, en violation de ses droits d'auteur et des termes de la licence de la version d'apprentissage.

C'est dans ce contexte, que la High Court a interrogé la Cour de justice en interprétation de la directive du 14 mai 1991 ⁽⁴⁾ concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ⁽⁵⁾.

COMPOSANTS DU LOGICIEL PROTÉGÉS PAR LE DROIT D'AUTEUR

Cet arrêt vient préciser les composants des logiciels bénéficiant de la protection du droit d'auteur spécifique aux programmes d'ordinateurs et ceux qui en sont exclus.

La protection par le droit d'auteur s'applique classiquement uniquement aux formes d'expression des logiciels et non aux idées et principes qui sont à la base des composants ⁽⁶⁾ de celui-ci, pas plus qu'aux procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ⁽⁷⁾.

La volonté est, comme le rappelle la CJUE, de protéger uniquement « l'expression individuelle de l'œuvre » et de laisser ainsi la possibilité à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même identiques, « pourvu qu'ils s'abstiennent de copier » ⁽⁸⁾.

En application de ce principe, selon la Cour, ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur, ni le langage de programmation, ni le format de fichier de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne sont protégés par le droit d'auteur spécifique au programme d'ordinateur.

Dans le même sens, la CJUE avait indiqué précédemment ⁽⁹⁾ que les interfaces utilisateur graphiques ne bénéficient pas de la protection spécifique des logiciels mais se voient uniquement éventuellement appliquer la protection de droit commun du droit d'auteur.

Relèvent en revanche de la forme et sont donc protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur, les travaux préparatoires de conception susceptibles d'aboutir, respectivement, à la reproduction ou à la réalisation ultérieure d'un tel programme ⁽¹⁰⁾ et ainsi que le code source et le code objet d'un programme d'ordinateur ⁽¹¹⁾.

PORTÉE DE LA PROTECTION DES LOGICIELS PAR LE DROIT D'AUTEUR

Selon l'article 4 (a) et (b) de la directive 91/250, les droits exclusifs du titulaire comportent notamment le droit d'autoriser la reproduction, l'adaptation, l'arrangement et tout autre transformation du programme d'ordinateur ainsi que la reproduction du programme en résultant.

Ce droit est limité par plusieurs exceptions prévues par l'article 5 de ladite directive :

- l'acquéreur légitime d'un logiciel peut, sans autorisation du titulaire des droits, le reproduire, l'adapter, l'arranger, le transformer et reproduire le programme en résultant, lorsque ces actes sont nécessaires pour lui permettre d'utiliser le logiciel d'une manière conforme à sa destination y compris pour corriger des erreurs ;
- les tiers ayant le droit d'utiliser un

logiciel ne peuvent être empêchés par contrat d'en faire une copie de sauvegarde si celle-ci est nécessaire à l'utilisation du logiciel ;

- il est possible de décompiler un logiciel sans autorisation du titulaire des droits pour obtenir les informations nécessaires à son interopérabilité ;

- les personnes habilitées à utiliser une copie d'un logiciel peuvent, sans autorisation du titulaire des droits, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et les principes qui en sont à la base, lorsqu'elles effectuent toute opération de chargement, d'affichage, de passage, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elles sont en droit d'effectuer.

Dans cette affaire, c'est précisément l'étude du fonctionnement du logiciel dont elle avait légalement acquis une copie sous licence qui a permis à WLP de reproduire les fonctionnalités des composants du programme SAS (12) en utilisant le même langage et le même format de fichiers de données.

La CJUE confirme la licéité d'une telle pratique au regard du droit d'auteur. La Cour retient qu'il ne saurait être porté atteinte au droit d'auteur sur le programme d'ordinateur lorsque le titulaire d'une licence sur ce programme a, sur la seule étude du fonctionnement de ce programme réalisée lors des opérations couvertes par la licence et sans avoir accédé au code source de celui-ci, reproduit ses fonctionnalités dans un second programme.

En d'autres termes, dès lors que le licencié n'a pas accès au code source et au code objet du programme - éléments protégés par le droit d'auteur (13) - il ne saurait porter atteinte aux droits d'auteur en étudiant, observant ou testant ce programme afin de reproduire sa fonctionnalité dans un autre programme.

Cette solution peut surprendre puisqu'en principe, comme le rappelle la CJUE, sur le fondement de la directive 91/250, le licencié ne peut être empêché d'étudier le fonctionnement d'un programme qu'à « condition que [cela] ne porte pas atteinte aux droits de l'auteur du programme » (14).

Si la CJUE ne considère pas comme une telle atteinte, le fait de l'étudier afin d'en reproduire les fonctionnalités et de créer un logiciel de substitution fondamentalement similaire venant le concurrencer, l'on peut s'interroger sur les cas dans lesquels l'exception d'étude porte atteinte aux droits de l'auteur du logiciel.

Il semble résulter de cet arrêt que l'atteinte ne soit constituée que dans le cas où le licencié a eu accès au code source du logiciel, ce qui limite fondamentalement la protection directe d'un auteur et entraîne une certaine anxiété lorsque celui-ci permet au marché de tester son produit préalablement à toute concession de licence définitive.

A noter à cet égard, qu'en matière de décompilation, la directive 91/250/CEE (15) exclut expressément la possibilité que la décompilation puisse (i) permettre de mettre au point ou commercialiser un logiciel dont l'expression est fondamentalement similaire, (ii) permettre de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ou (iii) porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel.

LES LIMITES DU DROIT D'AUTEUR DANS LA PROTECTION DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR

Les réponses apportées par la CJUE aux questions préjudicielles posées sont motivées par le principe selon lequel les idées et concepts ne doivent pas être protégés afin de favoriser l'innovation (16), ce que l'on peut concevoir et rapprocher de la philosophie et de la pratique développée par le logiciel libre, de même que d'une décision rendue récemment par le juge américain dans une affaire opposant Oracle à Google. Pourtant, la liberté d'agir reconnue aux uns porte atteinte à l'innovation des autres.

Considérant la position de la Cour, il ne saurait donc être question d'interdire par principe le développement d'un programme mettant en œuvre des fonctions similaires.

Pendant toujours dans le but de favoriser l'innovation technologique

et d'inciter les entreprises à investir en ce sens, il est nécessaire de permettre aux créateurs de logiciels de rentabiliser les investissements réalisés dans la recherche et la conception de leurs logiciels et de les protéger des copies effectuées à moindre coût et à moindre effort venant les concurrencer.

Comme le souligne la directive 91/250 dans son 2ème considérant, « la création de programmes d'ordinateur exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables alors qu'il est possible de les copier à un coût très inférieur à celui qu'entraîne une conception autonome ».

Cet arrêt montre les limites du droit d'auteur pour assurer cet objectif.

C'est la raison pour laquelle il convient de garder à l'esprit qu'à côté du droit d'auteur, il existe d'autres mécanismes permettant d'assurer un certain degré de protection des logiciels.

ALTERNATIVES AU DROIT D'AUTEUR POUR ASSURER LA PROTECTION DU LOGICIEL

Pour être en mesure de rentabiliser leurs investissements, d'autres instruments juridiques peuvent être appelés à jouer pour protéger les créateurs de logiciels dont l'encadrement contractuel ou encore les actions en concurrence déloyale ou pour parasitisme.

Encadrement contractuel : les obligations de non-concurrence et de confidentialité

Afin d'éviter la création des logiciels similaires aux leurs, les auteurs de logiciels peuvent, dans le cadre de leurs relations contractuelles, prévoir un engagement de confidentialité et/ou de non concurrence à la charge de leurs cocontractants.

Ainsi, un comportement qui ne pourrait pas être sanctionné sur le terrain du droit d'auteur, pourrait l'être sur ce fondement, comme le montre par exemple une décision du tribunal de commerce d'Evry du 6 avril 2011 (17). Dans cette affaire, une société d'infor-

matique avait fait appel aux services d'une société de conseil pour effectuer un audit portant sur l'évaluation de l'avance technologique d'un logiciel qu'elle souhaite acquérir. La société de conseil avait signé un accord de confidentialité et de non-concurrence aux termes duquel elle s'engageait à ne pas divulguer ou utiliser les codes sources du logiciel en question et ne pas s'inspirer de l'architecture du logiciel pour développer d'autres produits pouvant concurrencer l'activité de l'éditeur du logiciel ou de la société qui souhaitait l'acquérir. Constatant la commercialisation d'un logiciel aux fonctionnalités proches par une société constituée par la société de conseil, la société informatique a engagé une procédure en contrefaçon et concurrence déloyale. La contrefaçon n'a pas été admise par les juges au motif que bien que le logiciel commercialisé par la société de conseil avait les mêmes finalités que celui de la société informatique et une cinématique fonctionnelle similaire, « le code source et l'interface utilisateur étaient différents, ainsi que d'autres éléments ». C'est donc sur le fondement contractuel que la société a obtenu gain de cause et non sur le fondement du droit d'auteur.

En ce qui concerne les relations des titulaires de droits avec leurs licenciés, il pourrait également être envisagé, dans certaines conditions, de prévoir une obligation de non-concurrence aux termes de laquelle le licencié s'engagerait à ne pas développer directement ou indirectement un logiciel aux fonctionnalités identiques ou similaires à celles du logiciel objet de la licence ou de ne pas fabriquer ou exploiter directement ou indirectement des produits pouvant concurrencer les logiciels objet du contrat.

Dans le même sens, l'on pourrait envisager avoir recours à une clause de confidentialité indiquant que sont confidentiels tous les éléments/composants du logiciel (18) et toutes les informations relatives au logiciel (et notamment celles obtenues grâce à l'étude du fonctionnement de ce dernier). Ainsi le droit d'étude du fonctionnement du logiciel, qui est d'ordre public, ne serait pas supprimé mais il ne permettrait

pour autant pas de réaliser un logiciel similaire ou identique.

En tout état de cause, les conditions et limitations des droits d'utilisation accordés dans les licences doivent être précisément délimitées afin de tenter de les restreindre au maximum, mais dans la limite des dispositions d'ordre publique (19).

Par ailleurs, le droit des obligations, notamment à travers la théorie de la responsabilité civile, permet également de reconnaître la valeur patrimoniale des logiciels et de la protéger.

Protection par l'action en concurrence déloyale ou pour parasitisme

L'action en concurrence déloyale et l'action fondée sur des agissements parasitaires offrent également une protection dissuasive aux créateurs de logiciels, comme le montre notamment un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation (20) qui a jugé qu'« Ayant constaté que le logiciel litigieux avait été conçu et mis au point par une société en utilisant le travail de recherche et en détournant le savoir-faire de personnes avec lesquelles elle avait entretenu des relations contractuelles, ce qui lui avait permis de réaliser des économies importantes au détriment de ces personnes, la cour d'appel a caractérisé un comportement parasitaire fautif imputable à cette société ».

A noter que le parasitisme suppose la preuve d'une faute et que celle-ci est notamment constituée (i) dès lors que l'utilisation des idées ou éléments non protégeables par le droit d'auteur permet « une économie injustifiée » (21) ou (ii) comme indiqué dans l'arrêt évoqué précédemment (22), par le détournement de savoir-faire rendu possible par des « relations contractuelles préexistantes entre les parties » [...] « permettant de réaliser des économies importantes au détriment » de l'auteur du logiciel.

Mahasti RAZAVI
Avocat à la cour
August & Debouzy

(1) Mahasti Razavi, avocat associée, membre des barreaux de Paris et de New York, Virginie Olivier, avocat, August & Debouzy.

(2) WLP avait reproduit les fonctionnalités des composants du programme SAS en utilisant le même langage et le même format de fichiers de données mais sans avoir eu accès ni copié le code source des composants SAS. Grâce à ce logiciel WPS, les utilisateurs du système SAS pouvaient donc utiliser les scripts développés pour être utilisés avec le système SAS, sans avoir à les réécrire.

(3) A noter que ce point ne sera pas traité dans ce commentaire, la CJUE rappelant des principes classiques du droit d'auteur : « la reproduction, dans un programme d'ordinateur ou dans un manuel d'utilisation de ce programme, de certains éléments décrits dans le manuel d'utilisation d'un autre programme d'ordinateur protégé par le droit d'auteur est susceptible de constituer une violation du droit d'auteur sur ce dernier manuel si, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, cette reproduction constitue l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur du manuel d'utilisation du programme d'ordinateur protégé par le droit d'auteur ».

(4) Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

(5) Le présent commentaire n'évoquera pas la question de la documentation afférente au logiciel, que la Cour a analysé au regard de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

(6) Article 1er de la directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991

(7) Article 2 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et article 9§2 de l'ADPIC

(8) Point 41 de l'arrêt C-406/10 du 2 mai 2012

(9) Arrêt Bezpe nostní Softwarová Asociace, CJUE, 22 déc. 2010, 3e ch., aff. C-393/09, RLD1 2011/70, no 2294, comm. Bitan H., points 34 et 41

(10) Arrêt Bezpe nostní Softwarová Asociace, précité, point 37

(11) Arrêt Bezpe nostní Softwarová Asociace, précité, point 40

(12) En ce sens que, mis à part quelques exceptions mineures, WPL s'était assurée que les mêmes inputs (entrées des données dans le système) produiraient les mêmes outputs (sorties des données).

(13) Arrêt Bezpe nostní Softwarová Asociace, précité, point 40

(14) Considérant 18 de la directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 précitée et point 62 du présent arrêt C-406/10 de la CJUE du 2 mai 2012

(15) Article 6.2 (c) et article 6.3

(16) L'avocat général évoquait point 57 de ses conclusions le souci de ne pas monopoliser les idées pour favoriser l'innovation technique.

(17) T. Com. Evry, 3e ch., 6 avril 2011, Mobile Distillery cf Net Innovations, Unified Mobiles (www.legalls.net)

(18) À l'exception des informations/éléments tombés dans le domaine public.

(19) Voir article 5 de la directive 91/250/CEE du 14 mai 1991

(20) Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, no 03-21.154, no 1728 F - P + B, Bull. civ. I, no 499

(21) Cass. com. 25 oct. 1977 : D. 1978, p. 164

(22) Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, no 03-21.154, no 1728 F - P + B, Bull. civ. I, no 499