



HAL
open science

Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice.

Franck Macrez

► **To cite this version:**

Franck Macrez. Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice.. Revue internationale du droit d'auteur, 2012, 234, pp.191-287. hal-02004661

HAL Id: hal-02004661

<https://hal.science/hal-02004661v1>

Submitted on 2 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice

Franck Macrez
Maître de Conférences au CEIPI (Centre d'Études Internationales de la Propriété
Intellectuelle), Université de Strasbourg

Revue Internationale du Droit d'Auteur, oct. 2012

Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice

Introduction

I.- La méthode de qualification

A.- La méthode distributive consacrée

- 1.- Les fondements : droit spécial et « droit commun »
- 2.- La qualification distributive

B.- La méthode distributive malaisée

- 1.- La porosité entre « droit commun » et droit spécial
- 2.- La confusion entre l'objet et le critère

II.- Les résultats de la qualification

A.- Les formes non protégeables

- 1.- L'affirmation du principe : l'exclusion des idées
- 2.- L'application du principe : l'exclusion des fonctionnalités

B.- Les formes protégeables

- 1.- La relative portée de l'exclusion des idées
- 2.- Les protections subsistantes : « droit commun » et droit spécial

Conclusion

Introduction

Plus de vingt ans après avoir, en Europe, été introduit « au pays des Merveilles »¹ ou « au Pays des Muses »², voici aujourd’hui le logiciel au Pays de la Cour de Justice ! En effet, depuis quelques années, la Cour de Justice de l’Union Européenne (CJUE) est, depuis quelques années, très engagée dans la construction du droit d’auteur en Europe, notamment depuis sa célèbre décision *Infopaq*³. Et le phénomène est important⁴. Par le nombre d’abord : en moins d’un an, la Cour a rendu autant de décisions en matière de droit d’auteur que dans les huit années précédentes⁵. Le premier semestre de l’année 2012 révèle ainsi un rythme qui s’accélère à une moyenne de deux décisions par mois⁶. La multiplication des questions préjudicielles implique que l’accélération constatée soit destinée à perdurer. Par l’ampleur des constructions intellectuelles, ensuite : la Cour fait preuve d’un interventionnisme grandissant, découvrant des « notions autonomes » du droit de l’Union, apportant des précisions sur des questions non posées ou auxquelles elle n’avait pas l’obligation de répondre. L’immixtion est d’autant plus remarquable que les sept directives qui régissent la matière sont loin d’avoir réalisé une harmonisation globale, l’acquis communautaire se limitant à des questions spécifiques. L’espace laissé par les lacunes de l’acquis⁷ donne donc à la Cour une marge de manœuvre non négligeable. Cette harmonisation – par ce qu’il faut qualifier d’arrêts de règlement⁸ – peut d’ailleurs conduire à s’interroger sur la légitimité et la compétence dont dispose la Cour dispose pour ce faire⁹.

¹ M. Vivant, « Le logiciel au pays des Merveilles », *JCP* 1985, II, 3208.

² M. Vivant, « Le programme d’ordinateur au Pays des Muses . - Observations sur la directive du 14 mai 1991 », *JCP E* 1991, 47, Étude, 94.

³ CJUE, 16 juillet 2009, *C-5/08, Infopaq International, Rec.*, 2009, I-06569, *Com. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. Caron ; *JCP G* 2009, 272, note L. Marino ; *Propri. intell.* 2009, n° 33, p. 379, note V.-L. Benabou ; *WIPO Journal* 2010, 1(2), p. 197, S. Vousden ; *EIPR* 2010, 32(5), p. 247.

⁴ Pour une analyse approfondie, v. : S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d’auteur de l’Union européenne », in *La contribution de la jurisprudence européenne à la construction de la propriété intellectuelle en Europe, LexisNexis-Litec*, à paraître dans la collection du CEIPI.

⁵ V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propriétés Intellectuelles* 2012, 43, p. 140.

⁶ La lettre d’information du cabinet Gilles Vercken, « Six mois de jurisprudence de la CJUE – Droit d’auteur – Droits voisins », janv.- juin 2012, recense onze décisions en six mois.

⁷ V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., p. 143 et s.

⁸ *Ibid.*, spéc. p. 146.

⁹ S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d’auteur de l’Union européenne », art. préc. Il est vrai toutefois que l’argument tiré du vingtième considérant de la directive 2001/29/CE peut convaincre : « La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE (5), 92/100/CEE (6), 93/83/CEE (7), 93/98/CEE

En moins de dix-huit mois, la CJUE a rendu deux arrêts à propos de la protection des logiciels¹⁰, à l'occasion de questions préjudicielles portant sur l'interprétation des directives « programmes d'ordinateur » du 14 mai 1991¹¹ et « société de l'information » du 22 mai 2001¹². L'apport de la Cour à l'interprétation du droit d'auteur spécifique issu de la directive de 1991 est remarquable en ce qu'aucune décision de ce type n'avait été rendue en près de vingt ans d'application. Comme nous le verrons, les interrogations quant à la protection du logiciel et son étendue ont conduit la Cour à prendre des positions influençant l'ensemble du droit d'auteur. Les questions préjudicielles des arrêts *BSA*¹³ et *SAS*¹⁴ englobent en effet l'ensemble des aspects que peut présenter un programme d'ordinateur, lesquels peuvent faire appel à la protection spécifique issue de la directive de 1991, mais aussi au droit d'auteur entendu plus classiquement.

La première décision, rendue par la troisième chambre le 22 décembre 2010, concernait la protection de l'interface graphique : une association tchèque, la « *Bezpečnostní softwarová asociace* » (ci-après « *BSA* »), désirait opérer une gestion collective des droits patrimoniaux sur les programmes. Suite au refus des autorités nationales tchèques, considérant que l'interface graphique ne bénéficiait pas de la protection par le droit d'auteur, le recours porté devant la Cour de cassation tchèque l'a amenée à poser deux questions préjudicielles à la CJUE. La première concernait l'éventuelle inclusion de l'interface graphique dans la catégorie de programme d'ordinateur au sens de la directive de 1991, tandis que la seconde posait le problème suivant : la radiodiffusion télévisuelle d'une telle interface graphique pouvait être considérée comme une communication au public, au sens de la directive de 2001 ?

(8) et 96/9/CE (9). Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. » (Directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, 22 juin 2001).

¹⁰ CJUE, 22 déc. 2010, *C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace, Propriétés Intellectuelles*, 2011, 39, p. 205, note V.-L. Benabou, *com. com. électr.* 2011, 5, comm. 42, comm. C. Caron ; *RLDI* 2011, 70, Éclairage 2294, note H. Bitan ; *Prop. ind.* 2011, 4, comm. 37, note J. Larrieu ; *RDTI* 2011, n°43, p.51, note E. Derclaye ; *RIDA* 2011, 227, chron. P. Sirinelli ; *Computer and Telecommunications Law Review* 2011, 17(3), p.70, L. J. Smith ; CJUE, 2 mai 2012, *C-406/10, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, RLDI*, 2012, 83, p. 6, note C. Castets-Renard, *Prop. ind.* 2012, 7-8, comm. 61, note N. Bouche ; *EDPI* n° 7, 108, obs. C. Bernault ; *JCP E* 2012 n° 31, 1489, chron. par M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *Gaz. Pal.* 215, p. 11, chron. L. Marino ; *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, note D. Gervais et E. Derclaye ; *Expertises* juill. 2012, p. 260, note M. Razavi.

¹¹ Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, *JOCE*, 17 mai 1991.

¹² Directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, préc..

¹³ CJUE, 22 déc. 2010, *C-393/09, BSA*, préc.

¹⁴ CJUE, 2 mai 2012, *C-406/10, SAS*, préc.

La seconde décision, rendue par la Grande chambre, complète la première en ce qu'elle porte sur les autres aspects sous lesquels un programme d'ordinateur peut se présenter : code source et code objet (plus communément appelé code compilé ou code binaire) bien sûr, mais aussi la fonctionnalité elle-même, l'interface logique par l'entremise de la question de la protection des formats de fichiers, les langages de programmation et le manuel d'utilisation du programme. Les neuf questions détaillées englobent l'ensemble des interrogations quant à l'étendue de la protection conférée par la directive « programme d'ordinateur », voire par la directive « société de l'information ». Le conflit à l'origine des questions préjudicielles posées par la High Court of Justice (Chancery Division) provenait du développement d'un « clone » logiciel. La société World Programming Ltd (WPL) a développé et commercialisé un programme proposant les mêmes fonctionnalités que celui appartenant à la société SAS Institute et auquel elle comptait faire concurrence, à savoir l'analyse de données, particulièrement l'analyse statistique. Au problème de principe de la protection de la fonctionnalité du programme s'ajoutent des questionnements inhérents à la légalité des possibilités offertes par le logiciel de WPL : reprise du langage de programmation développé par SAS afin que les utilisateurs puissent continuer à utiliser les scripts personnels qu'ils ont conçus, format de fichier identique, manuel d'utilisation décrivant les différentes commandes et leur fonctionnement. Le juge britannique a donc été amené à consulter la Cour de Justice sur l'objet et l'étendue de la protection d'un programme d'ordinateur en l'appréhendant dans sa complexité, c'est-à-dire dans la variété des formes qu'il peut revêtir.

La question de la protection du langage de programmation est d'une portée pratique primordiale : dans le monde du logiciel, un programme ne se conçoit pas sans langage de programmation. Pourtant, et malgré les investissements que nécessite la création d'un langage, la question de sa protection par la législation spécifique au logiciel n'avait à notre connaissance jamais été posée en France ou au niveau européen. Le problème en l'espèce provenait du fait que le programme de la société WPL permettait aux utilisateurs de conserver leur « scripts », petits programmes personnels écrits dans le langage initialement créé par la société SAS. Les instructions écrites en langage SAS peuvent ainsi être interprétées et exécutées par le programme WPL, c'est-à-dire que celui-ci « intègre » la compréhension de l'alphabet, du vocabulaire, des règles de grammaire, de sa sémantique...

La question de la protection des formats de fichiers est également primordiale : ils sont au cœur de la question de l'interopérabilité puisqu'ils constituent un élément central de l'interface logique entre programmes d'ordinateur. Et rappelons-nous que la question de la décompilation aux fins d'interopérabilité a stigmatisé les antagonismes à l'époque de

l'élaboration de la directive de 1991¹⁵. La société WPL proposait en effet un logiciel capable de lire, comprendre et interpréter les fichiers au format créé par SAS, afin que les clients puissent migrer d'un système à l'autre de manière aisée, en conservant leurs fichiers personnels.

Sur ces questions diverses, l'analyse critique qu'il est possible de mener à l'égard des décisions de la Cour de Justice semble pour le moins aporétique. À première vue, les solutions apportées paraissent conformes à la lettre et à l'esprit de la législation communautaire. Dans l'affaire *BSA*, en effet, l'interface utilisateur graphique est vue comme une œuvre graphique et non comme un programme, ressortissant donc du droit d'auteur "classique" et non du régime spécifique au logiciel¹⁶. Dans la décision *SAS*, il est décidé que les fonctionnalités d'un programme, les langages de programmation ainsi que les formats de fichiers ne sont pas protégés comme tels¹⁷, que le licencié a la possibilité d'observer, d'étudier, de tester le fonctionnement du programme¹⁸, et que le manuel d'utilisation doit être vu comme une œuvre littéraire et à ce titre soumis aux dispositions de la directive de 2001 à condition de satisfaire au critère de « création intellectuelle propre » à son auteur¹⁹.

Pourtant, le diable est dans les détails. Une lecture attentive révèle que les choses ne sont pas si claires, les raisonnements menés pouvant prêter le flanc à la critique. La délicate question de l'articulation entre les deux directives est également problématique. La Cour était ainsi invitée à préciser l'étendue de la protection accordée aux programmes d'ordinateur, à définir ce qui ressort de la « forme d'expression du programme » et à déterminer dans quelle mesure il peut être fait appel au droit d'auteur traditionnel. Pour ce faire, l'apport premier de la Cour réside dans la méthode élaborée pour différencier le droit spécifique au logiciel et ce qu'elle a, à cette occasion, qualifié de « droit commun » du droit d'auteur (I). La détermination de cette

¹⁵ V. p. ex. : J. Berr-Gabel et R. Chemain, « La décompilation des logiciels : l'industrie européenne face au droit d'auteur », *RTD Eur.* 1991, p. 364.

¹⁶ *CJUE*, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 51 : « ... l'interface utilisateur graphique ne constitue pas une forme d'expression d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250 et [qu']elle ne peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur en vertu de cette directive. Toutefois, une telle interface peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur en tant qu'œuvre, en vertu de la directive 2001/29, si cette interface constitue une création intellectuelle propre à son auteur. »

¹⁷ *CJUE*, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 46 : « ... l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250 doit être interprété en ce sens que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression de ce programme et ne sont, à ce titre, protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur au sens de cette directive ».

¹⁸ *Ibid.*, point 62. Nous n'aborderons pas spécifiquement cette question dans la présente étude, préférant nous concentrer sur les objets protégés par le droit d'auteur au sein d'un logiciel.

¹⁹ *Ibid.*, point 70. On peut remarquer que, pour l'essentiel, le juge britannique à l'origine de la question préjudicielle s'était prononcé dans le sens retenu par la CJUE : High Court of Justice (Chancery Division), 23 juillet 2010, *SAS Institute Inc. vs. World Programming Limited*, 2010, EWHC 1829 (Ch), §332.

méthode était un préalable nécessaire pour tracer la frontière de ce que peut saisir le droit d'auteur, droit spécial ou « droit commun », et ainsi faire la part entre les formes protégeables et non protégeables (II).

I.- La méthode de qualification

La méthode suivie par la Cour consiste en une application distributive des régimes juridiques : la directive de 1991 constitue un droit spécifique au logiciel qu'il convient d'articuler avec le « droit commun » découvert à l'occasion par les juges de Luxembourg. Est ainsi consacrée une méthode distributive (A) dont la mise en œuvre nous paraît parfois malaisée (B).

A.- La méthode distributive consacrée

La consécration de la méthode distributive est réalisée en deux temps : d'abord articuler les fondements, la directive spécifique au logiciel et le « droit commun » (1), avant de procéder à la qualification proprement dite consistant à morceler le logiciel en ses différents aspects (2).

1.- Les fondements : droit spécial et « droit commun »

La référence à la directive de 1991 a conduit la Cour à explicitement affirmer ce qui avait pu être pressenti à l'occasion d'autres affaires, concernant la directive Câble²⁰. Dans l'arrêt *BSA*, la directive 2001/29 est expressément qualifiée de « protection du droit d'auteur de droit commun »²¹. L'implication contemporaine de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur européen lui impose sans doute de se donner un fondement général servant de soubassement à l'ensemble. Une telle volonté était déjà présente dans l'unification de la notion d'originalité réalisée par la décision *Infopaq*. Il faut du reste se demander si l'approche est bien cohérente : des notions de droit de l'Union européenne doivent recevoir une interprétation uniforme d'un côté, quand de l'autre il convient de différencier les fondements juridiques en fonction de leur champ d'application²²... En tout état de cause, l'affaire semble

²⁰ CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League, Propriétés Intellectuelles*, 2012, 42, p. 51, note V.-L. Benabou, *Com. com. électr.* 2011, 12, com. 111 par C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2012, n°47, p.14, note L. Marino, point 209, donnant une portée générale à la directive 2001/29 : « il y a lieu de rappeler que la directive sur la radiodiffusion satellitaire ne prévoit qu'une harmonisation minimale de certains aspects de la protection des droits d'auteur et des droits voisins en cas de communication au public par satellite ou de retransmission par câble d'émissions provenant d'autres États membres. Or, à la différence de la directive sur le droit d'auteur, ces règles d'harmonisation minimale ne fournissent pas d'éléments pour déterminer la licéité des actes de reproduction effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision ».

²¹ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 44.

²² V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., spéc. p. 152 : « Si l'on comprend fort bien l'envie de la Cour de doter le droit d'auteur d'une colonne vertébrale à partir de cette directive afin notamment de pouvoir dégager des solutions générales qui vaudraient en principe, il n'en demeure pas moins que cette

entendue : l'Europe dispose d'un *droit commun du droit d'auteur* avec la directive 2001/29. La formule de l'arrêt *BSA* avait pu être interprétée comme une maladresse sans grande portée. Mais l'arrêt *SAS* conforte la méthode d'interprétation et les statuts des directives 2001/29 et 1991/250, respectivement de droit commun et de droit spécial. Cela est d'autant plus remarquable que la question ne lui était pas posée et qu'en conséquence la méthode est fixée en vertu du principe d'interprétation utile. Plus récemment encore, dans un arrêt *UsedSoft* remarqué, à juste titre en raison de son importante portée²³, la Cour a été très explicite en affirmant que « la directive 2009/24 [version codifiée de la directive de 1991], qui concerne spécifiquement la protection juridique des programmes d'ordinateur, *constitue une lex specialis par rapport à la directive 2001/29* »²⁴.

Ainsi, lorsque la Cour exclut la protection sur le fondement du droit spécial du logiciel, elle donne expressément pour instruction aux juridictions nationales d'examiner la possibilité de protection comme œuvre classique sur le fondement de la directive 2001/29.

Dans l'arrêt *BSA*, l'interface graphique n'est pas considérée comme une « forme d'expression du programme » sur le fondement de la directive 1991/250, mais le juge doit vérifier si ladite interface ne répond pas aux critères du droit d'auteur par défaut²⁵. Par une formule analogue, l'arrêt *SAS* affirme que l'exclusion du langage de programmation de la catégorie des « formes d'expression » du programme de l'article 1^{er} §2 de la directive de 1991 « ne saurait affecter la possibilité, pour le langage SAS, (...) de bénéficier, en tant qu'œuvres, de la protection par le droit d'auteur, en vertu de la directive 2001/29, s'ils sont une création intellectuelle propre à leur auteur »²⁶. Bien que l'expression ne soit pas utilisée à nouveau dans l'arrêt *SAS*, la volonté de la Grande chambre de la Cour de Justice d'asseoir le statut du « droit commun » est affirmée. L'Avocat général avait en effet estimé pour sa part que le langage de programmation ne pouvait ressortir d'aucune protection²⁷, et la Cour aurait pu se contenter de le suivre. De même, à propos des formats de fichiers, le renvoi ne s'imposait nullement²⁸. La

approche est susceptible de contrarier la logique de lecture convergente des notions de l'acquis développée par ailleurs. »

²³ CJUE, C-129/11, 3 juill. 2012, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, *EDPI*, 2012, 8, p. 1, note A. Lucas. L'arrêt concerne l'exploitation contractuelle et l'épuisement des droits sur un logiciel, qui n'est pas l'objet direct de la présente étude. Il faut néanmoins remarquer que cette décision est, au moins potentiellement, tout à fait révolutionnaire en la matière.

²⁴ *Ibid.*, point 56 (nous soulignons).

²⁵ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., points 44-46.

²⁶ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 45.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, points 68 et s., spéc. 75-76.

²⁸ Les conclusions de l'Avocat général étaient plus satisfaisantes en particulier car le raisonnement mené tendait à l'articulation avec les dispositions de l'article 6 de la directive 1991/250 relatives à la décompilation (*ibid.*,

Cour a voulu saisir l'occasion de réaffirmer le caractère de « droit commun » de la directive de 2001 découverte dans l'arrêt *BSA*, profitant de l'innocuité de l'incise en raison de l'absence d'originalité en l'espèce. Le plaideur y trouvera un nouveau terrain sur lequel argumenter. Le commentateur aurait préféré qu'on lui épargne pareil détour qui semble d'avance voué à l'échec. Car il est vraisemblable qu'au final, aucune protection privative ne puisse être accordée aux formats de fichiers ou aux langages de programmation à quelque titre que ce soit, mais que la possibilité de discussion sur le terrain du « droit commun » soit de nature à complexifier inutilement les débats.

L'articulation du droit commun et du droit spécial conduit naturellement à faire la part des objets protégés au sein d'un logiciel, par une méthode de qualification distributive.

2.- La qualification distributive

Par les arrêts étudiés, la Cour consacre une méthode distributive de qualification, connue en France en matière d'œuvres multimédia²⁹. L'hybridation du droit d'auteur par le droit spécial du logiciel crée une situation complexe qui semble imposer une telle méthode. Il aurait été certes possible d'adopter une approche globale, en considérant que les objets qui gravitent autour du logiciel devraient en suivre le régime : *Accessorium sequitur principale*. Ce n'est pas la démarche suivie par la Cour, qui préfère fragmenter le logiciel en analysant séparément ses différents aspects. Ce n'est d'ailleurs pas étonnant, dans la logique de la décision *Infopaq* et son appréciation de la méthode de mise en œuvre du droit de reproduction : elle y adoptait une « approche parcellisée »³⁰ selon laquelle les parties d'une œuvre « sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière », c'est-à-dire « à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de

points 77 et s.). Sur le terrain du droit d'auteur classiquement entendu, il est vrai que la manière dont sont organisées des données pourrait permettre d'y déceler une création intellectuelle propre à l'auteur, par analogie avec ce qui se conçoit à propos des bases de données. Par ailleurs, envisager la possibilité de protection du format de fichiers au titre de la directive de 2001 rend délicate la mise en œuvre de ladite exception, figurant dans le texte spécial. Ces questionnements sont éludés par la Cour, car en l'espèce elle relève que WPL « n'a pas réalisé de décompilation du code objet de ce programme » (point 44).

²⁹ « Un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature » : Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, *Cryo et Jean-Martial L. c/ SESAM, SACEM et SDRM, RLDI*, 2009, 52, n° spécial « jeu vidéo et multimédia », pp.87 et s., *RTD Com.* 2010, p.319, note P. Gaudrat ; *RIDA* juill. 2009, 509 et 305, obs. P. Sirinelli ; *JCP* 2009, 328, obs. E. Treppoz. Sur le débat, en matière de créations multimédias, entre méthode unitaire et méthode distributive de qualification, v. F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. « CEIPI », Paris, 2011, n°227 et s., et les références citées.

³⁰ V.-L. Benabou, note préc. sous la décision *Infopaq*.

la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre. »³¹ Autrement dit, chaque élément reproduit doit receler sa part d'originalité³².

La formulation utilisée dans l'arrêt *SAS* semble clairement aller dans le sens de l'analyse parcellaire : alors que dans l'arrêt *BSA*, il était décidé que l'interface graphique « ne constitue pas *une* forme d'expression d'un programme d'ordinateur »³³, l'arrêt *SAS* décide que la fonctionnalité, le langage de programmation et le format de fichier d'un programme d'ordinateur « ne constituent pas une forme d'expression *de ce programme et ne sont, à ce titre* »³⁴ pas protégés par le droit d'auteur spécifique. Le raisonnement que les juridictions nationales sont invitées à mener consiste donc à analyser séparément les différents éléments qui composent le logiciel ou gravitent dans son orbite plus ou moins proche, de manière autonome. En d'autres termes, ce ne sont pas des accessoires du programme, bien qu'il s'agisse d'« éléments de ce programme au moyen desquels les utilisateurs exploitent certaines fonctions dudit programme »³⁵. Il nous semble donc que la Cour n'a pas exclu ces éléments de la protection comme ne constituant pas des formes protégeables *in abstracto*. Le renvoi exprès au « droit commun » va en ce sens. Mais il est à notre avis possible d'extrapoler par rapport à ce qui est explicitement formulé par la Cour. La juridiction de renvoi pourrait très bien estimer que tel ou tel élément constitue une forme d'expression *d'un* programme d'ordinateur, de manière autonome. En dépit de l'apparente exclusion par la Cour de l'article 1§2 de la directive de 1991, l'important nous semble qu'une analyse différenciée soit menée. Autrement dit, code source et code objet, formes centrales du programme, n'absorbent pas les autres formes produites quant à leur qualification : il pourra s'agir de formes d'expression d'un programme autonome (mais non *de ce* programme premier), ou de toute autre forme susceptible d'être vue comme une œuvre plus classiquement entendue.

Mais, à l'analyse, la distribution de qualification entre droit commun et droit spécial se révèle pour le moins épineuse.

³¹ CJUE, 16 juillet 2009, *C-5/08, Infopaq International*, préc., points n°38 et 39 ; raisonnement réitéré dans l'arrêt *Premier league* : CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc., point n°156.

³² À moins qu'il suffise de prouver que l'extrait en question « participe » à l'originalité de l'œuvre dont il est extrait (v., interrogative, V.-L. Benabou, note préc., p. 381).

³³ CJUE, 22 déc. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., point 51 (nous soulignons).

³⁴ CJUE, 2 mai 2012, *C-406/10, SAS*, préc., point 46 (nous soulignons).

³⁵ *Ibid.*, point 42 (à propos des langages de programmation et des formats de fichiers).

B.- La méthode distributive malaisée

La mise en œuvre de la distribution des règles pose un problème fondamental de confusion dans les fondements (1), difficulté qui ressurgit dans la mise en œuvre de la qualification elle-même (2).

1.- La porosité entre « droit commun » et droit spécial

Les germes de la confusion sont apparus, à notre sens, dans la décision *Infopaq*³⁶ qui a extrapolé à l'ensemble du droit d'auteur la formule utilisée dans trois directives communautaires spécifiques relatives aux programmes³⁷, aux bases de données³⁸ et aux photographies³⁹ : l'œuvre protégée est originale si elle constitue une « création intellectuelle propre à son auteur ». Quelle que soit l'analyse critique pouvant être menée quant au résultat produit, il faut prendre acte du fait que la notion classique d'empreinte de la personnalité est destinée à disparaître au profit du nouveau standard communautaire traduisant une conception objectivée de l'originalité⁴⁰. Cela était du reste prévisible⁴¹. Mais il nous est difficile, par principe, d'avaliser un raisonnement consistant à généraliser à l'intégralité des œuvres un critère conçu pour des créations très spécifiques. Quant à la mise en œuvre du critère, elle est laconiquement précisée par la Cour. Et nous savons que dans la décision *Infopaq*, il était relevé que « ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison [des] mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale »⁴². Dans le domaine des programmes d'ordinateur, on décèle généralement, pour reprendre une célèbre jurisprudence

³⁶ CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International*, préc. ; *adde* : CJUE, C-604/10, 1er mars 2012, *Football Dataco et autres contre Yahoo! UK Ltd et autres*, *Com. com. électr.*, 2012, 5, p. 26, note C. Caron, *Gaz. Pal.* 2012, n°214-125, p.11, note L. Marino ; *RLDI* 2012, 82, p.6, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2012, 5, p.46, note L. Idot ; *RIDA* 2012, 232, chron. P. Sirinelli ; *EIPR* 2011, 33(5), p.324, com. R. Montagnon et M. Shillito

³⁷ Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, préc.

³⁸ Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, 27 mars 1996, L77.

³⁹ Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *JOCE*, L 372, p. 12.

⁴⁰ V.-L. Benabou, note sous CJCE 16 juill. 2009, préc., spéc. p. 380 (jugeant le « glissement terminologique [...] inopportun »). *Contra* : C. Caron, note préc. (« Il s'agit de la consécration, en droit communautaire, de la notion française d'originalité, théorisée par Desbois » ; et plus loin : « cette conception communautaire de l'originalité dans les œuvres littéraires ressemble, à s'y méprendre, à celle qui prévaut en droit français »). Comp., relevant sans doute à juste titre que la tendance à l'objectivation était, dans la jurisprudence française, préexistante à l'intervention volontariste de la Cour de Justice : C. Castets-Renard, « L'originalité en droit d'auteur européen : la CJUE creuse le sillon », *RLDI* 2012, 82, p. 6. Comp. encore, en Angleterre : E. Derclaye, « *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law* », *EIPR* 2010, 32(5), p. 247 (« *By clearly adopting the criterion of creativity, the ECJ's ruling changes the current criterion of sufficient skill, judgement, labour and capital that still applied to all works except databases and computer programs* »).

⁴¹ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, n°85.

⁴² CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International*, préc., point n°45.

française, l'originalité dans la composition et dans l'expression, ainsi que dans le fait que celle-ci n'est pas « la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante »⁴³. Mais s'il est fait référence au « choix, la disposition et la combinaison »⁴⁴ à propos des manuels d'utilisation, la Cour se contente, pour les autres éléments du programme, d'opérer par renvoi à la protection en vertu de la directive 2001/29 ainsi qu'aux développements précités de l'arrêt *BSA*, à l'arrêt *Infopaq* et sa notion clé de « création intellectuelle propre »⁴⁵.

Le problème est que la Cour doit concomitamment effectuer une application distributive de l'acquis : il faut à la fois distinguer droit commun et droit spécial, et accepter que l'unique critère de protection soit le résultat d'une induction du spécial vers le général. Il y a en même temps autonomie affichée et porosité indéniable. C'est la raison pour laquelle – et pour le moins compréhensible –, faute d'avoir un fondement textuel solide pour asseoir sa compétence dans la construction d'un droit commun du droit d'auteur, la Cour est obligée de puiser dans l'existant, à savoir les directives spécifiques. Mais les confusions sont alors presque inéluctables : le droit spécial sert de ferment conceptuel au droit général, tout en étant censé lui être dérogoire⁴⁶... Dans une telle situation, la plus grande prudence, pour ne pas dire rigueur, est indispensable lorsqu'il s'agit de faire la part entre les régimes juridiques. Et force est de constater que la Cour n'a pas résisté aux confusions, notamment quant il s'est agi d'appliquer le nouveau « droit commun », qu'elle s'est donné pour mission d'élaborer, à des objets juridiques proches du logiciel.

Dans l'affaire *BSA*, la confusion est telle qu'elle confine à l'absurde. L'interface utilisateur a été qualifiée d'œuvre « de droit commun », qualification discutable en elle-même, comme nous le verrons. En bonne logique, la réponse à la question de savoir si la radiodiffusion de cette « œuvre » constitue une communication au public devrait être positive. La Cour l'affirme elle-même : « en principe, la radiodiffusion télévisuelle d'une œuvre est une communication au public que l'auteur de celle-ci a le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire⁴⁷. Pourtant elle dénie la possibilité de reconnaissance d'une telle communication

⁴³ Cass. A.P., 7 mars 1986, *Babolat c/Pachot*, *JCP éd. E*, 1986, II, 14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, *RIDA* juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

⁴⁴ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 67.

⁴⁵ *Ibid.* point 45 ; CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., points 44-46.

⁴⁶ V° « *Generalia specialibus non derogant* » in H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 1999, p. 296 et s., précisant que cette règle d'interprétation « n'a pas une portée aussi tranchante que *Specialia generalibus derogant* : la loi spéciale déroge sûrement, dans la mesure du champ dérogoire qu'elle crée, à la loi générale ; au contraire, la loi générale n'entraîne pas forcément la disparition d'une loi spéciale. Il s'agit donc de cas d'espèce et l'adage vaudra dans la mesure où il pourra correspondre à l'intention du législateur. »

⁴⁷ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 55.

au public au sens de la directive 2001/29 au motif que « les téléspectateurs reçoivent la communication de cette interface utilisateur graphique uniquement de manière passive, sans possibilité d'intervenir. »⁴⁸ Selon elle, l'« élément essentiel caractérisant l'interface, à savoir l'interaction avec l'utilisateur » fait défaut : il ne peut donc y avoir communication au public de l'interface. Une telle solution est, pour nous, incompréhensible : si nous sommes en présence d'une œuvre « de droit commun », il n'y a aucune raison d'exiger l'application d'une condition issue du droit spécial, le caractère fonctionnel, pour mettre en œuvre le droit général ! Bien qu'une auteure ait tenté de trouver une cohérence à l'analyse de l'arrêt *BSA*⁴⁹, nous continuons de penser que cette décision relève de l'« erreur de jugement »⁵⁰. L'arrêt *SAS* semblait vouloir revenir à une certaine orthodoxie. Mais lorsque la discussion est menée sur le fondement du « droit commun », l'écueil de la confusion avec le droit spécifique ressurgit.

Du point de vue des normes européennes, il est clair que le manuel d'utilisation ne saurait être assimilé au programme d'ordinateur. La question de savoir sur quel terrain on se trouve n'est d'ailleurs pas posée dans l'affaire *SAS*, à la Grande chambre par le juge britannique : il se situe sur le fondement de la directive de 2001, le manuel d'utilisation étant une « œuvre littéraire ». Pourtant, le législateur français avait, lors de la transposition de la directive, choisi de protéger le « logiciel » et non le seul « programme »⁵¹, ce qui semblait inclure la « documentation » relative à son fonctionnement⁵². En réalité, ni la directive ni la loi française ne sont explicites sur le sort à réserver à cette documentation : il semble dès lors logique, sauf à s'interroger sur la pertinence du choix du terme de « logiciel » dans la loi française⁵³, de ne pas l'inclure dans le droit spécial et de raisonner sur le fondement du « droit commun ». L'expression de la documentation n'est pas dépendante de celle du programme lui-même⁵⁴. Et en l'espèce, les manuels *SAS* « ne contiennent pas d'informations sur le comportement interne » du programme. À moins de pointer un éventuel défaut de conformité de la loi française à la jurisprudence de la Cour, le manuel du programme semble bien constituer une œuvre susceptible de protection par le « droit commun » à condition de remplir le critère

⁴⁸ *Ibid.*, point 57.

⁴⁹ V.-L. Benabou, obs. préc.

⁵⁰ E. Derclaye, « L'arrêt *Softwarová* : une révolution en droit d'auteur ou une « erreur de jugement » ? », *RDTI* 2011, 43, p. 59.

⁵¹ Que nous avons jusqu'à présent tenus pour synonymes et qu'il convient ici de distinguer.

⁵² Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement de la langue française, *Journal Officiel* 17 Janvier 1982 : le logiciel est défini comme « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ».

⁵³ V., p. ex. : M. Vivant, « Logiciel 94 : tout un programme ? », *JCP éd. G* 1994, I 3792, n°6.

⁵⁴ A. Lucas, « Objet du droit d'auteur - Oeuvres protégées. Logiciels », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 24 sept. 2008, fasc. 1160, n°28.

d'originalité.

Dès lors, la question posée revient à savoir quels sont les actes interdits par la directive de 2001 protégeant le manuel d'utilisation d'un programme. La Cour estime qu'il y a contrefaçon en cas de reproduction dans un second manuel, mais aussi en cas de reprise d'éléments du premier manuel dans le second programme⁵⁵. Que la « création intellectuelle propre » reproduite dans une autre « œuvre littéraire » que constituerait un second manuel soit qualifiée de contrefaçon ne fait guère de doute. Il est en revanche permis d'être plus réservé sur la seconde hypothèse. La reprise, dans le code source d'un programme, d'éléments d'un manuel constitue-t-elle une communication au public au sens de la directive de 2001 alors que ce code source n'est précisément pas publié ? Certes, nous savons que, en soi, la protection d'un code source non divulgué n'entre pas en cohérence avec les mécanismes fondamentaux de la propriété littéraire et artistique⁵⁶. Mais en l'occurrence, il s'agit de raisonner sur le fondement du « droit commun » de la directive de 2001 ! Reconnaître que le code source d'un programme est susceptible de violer les droits sur une œuvre littéraire lorsqu'il la reproduit (sans, donc, dans la majorité des cas, être divulgué) implique que le droit de divulgation est totalement nié : la forme reproduite n'est à aucun moment perceptible par l'esprit humain⁵⁷. Par conséquent, nous voyons mal comment, si les mots ont un sens, il faudrait admettre une notion de communication au public sans aucun public, même indirect⁵⁸. La logique du droit spécial, dérogatoire du droit d'auteur en ce qu'il admet la protection pour une forme non sensible, est importée dans le droit général, alors que le principe de distribution des règles imposerait leur étanchéité. Ce faisant, la CJUE récidive dans l'absurdité de son analyse du droit de divulgation, celui-ci ayant déjà été fortement malmené à l'occasion de la décision *BSA*. Elle procède du même phénomène d'induction qui a conduit à inventer un « droit commun », en empruntant un critère de qualification contenu dans des textes spéciaux puis en tentant une distribution des règles de mise en œuvre.

⁵⁵ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 70 : « 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 ».

⁵⁶ V. notamment : P. Gaudrat, « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », *RIDA* 1986, 128, p. 181.

⁵⁷ V. p. ex. : A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, n°64.

⁵⁸ Nous ne sommes pas dans une hypothèse de questionnement sur l'interprétation de la notion de communication au public que la Cour a eu à traiter par ailleurs (CJCE, C-306/05, 7 déc. 2006, *SGAE, Propriétés Intellectuelles*, 2007, 22, p. 87, note A. Lucas ; CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc.) : ici, aucun public n'est visé, même indirectement, puisque le code source reste secret. L'hypothèse du code source ouvert, c'est-à-dire divulgué directement au public, pourrait être retenue. Mais ce n'est pas le cas ni en l'espèce, ni dans l'immense majorité des affaires que les juridictions nationales ont à traiter.

Si, comme nous venons de le voir, le grand écart juridique entre étanchéité et porosité du « droit commun » et du droit spécial est pour le moins audacieux, pour ne pas dire intenable, des confusions sont également perceptibles dans la méthode de qualification elle-même.

2.- La confusion entre l'objet et le critère

La qualification⁵⁹ nécessite par essence d'identifier un objet (ou un sujet) de droit et une qualité, critère de qualification. En droit d'auteur, la confusion entre l'objet, l'œuvre de l'esprit, et son critère d'originalité est courante. Il est vrai que la distinction n'est pas aisée. Elle est pourtant nécessaire⁶⁰, particulièrement lorsque le raisonnement est mené à la marge du champ naturel du droit d'auteur⁶¹. Précisément, l'irruption de l'informatique renouvelant les questionnements, la rigueur impose de distinguer l'objet et ses caractéristiques. Le raisonnement juridique doit conduire à se demander s'il existe une forme susceptible d'accéder à la protection puis, dans un second temps, à l'analyser pour y déceler une originalité qui constitue l'unique critère de protection, quelle que soit la définition retenue. Cette donnée conceptuelle est nécessaire en « droit commun » mais aussi sur le fondement de la *lex specialis* puisque la lettre même de la directive de 1991 l'impose.

Quant à la protection « de droit commun », la jurisprudence de la Cour est incertaine dans la prise en compte de l'objet de la protection en tant qu'il est distinct de son critère. La décision *Infopaq* a été critiquée, en ce qu'« elle escamote complètement la notion d'œuvre »⁶². Pourtant, elle prenait le soin de préciser que « la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles »⁶³ pour dans un second temps affirmer que les « œuvres (...) ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur. »⁶⁴ Il est vrai que la formule retenue au final se réfère aux « objets »⁶⁵ ou aux « éléments »⁶⁶.

⁵⁹ On peut la définir comme « l'attribution d'une épithète (ou d'une qualité) à un sujet ou un objet » (V° Qualification in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993).

⁶⁰ V. not. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°44 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis Droit Privé », Paris, 2009, n°41.

⁶¹ P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 195 : « Faute d'avoir suffisamment cerné la nature de la forme protégeable, on tend à y accueillir de plus en plus volontiers des formes étrangères à l'esprit de la protection. »

⁶² V.-L. Benabou, note préc.

⁶³ CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International*, préc., point 34.

⁶⁴ *Ibid.*, point 35.

⁶⁵ *Ibid.*, point 37.

⁶⁶ *Ibid.*, points 45, 46, 48 et 51.

La confusion se confirme à propos des interfaces graphiques. La Cour de Justice, pour apprécier l'originalité, précise justement qu'il faut tenir compte « de la disposition ou de la configuration spécifique de toutes les composantes qui font partie » de cette interface, ajoutant que « ce critère ne saurait être rempli par les composantes de l'interface utilisateur graphique qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique. »⁶⁷ Mais il n'était pas à notre avis nécessaire de reprendre les développements de l'Avocat général estimant qu'en cette dernière hypothèse, « l'idée et l'expression se confondent »⁶⁸ : l'absence d'originalité suffit à exclure la forme qui ne laisse place à aucun arbitraire⁶⁹. D'autant que l'Avocat général poursuit dans la méthode d'appréciation au cas par cas que doit suivre le juge national en estimant qu'il doit « vérifier si, par les choix de son auteur, par les combinaisons qu'il crée et la mise en scène de l'interface utilisateur graphique, celle-ci est une expression de la création intellectuelle propre à son auteur, en excluant de cette appréciation les éléments dont l'expression est dictée par leur fonction technique »⁷⁰. Sauf à relever la vérité inéluctable de la tautologie consistant à écarter de l'appréciation de l'originalité ce qui n'est pas jugé original, la méthode nous paraît étrange voire, prise à la lettre, absurde : une combinaison d'éléments non originaux peut être elle-même originale et il ne faut pas les exclure, au risque de ne plus rien avoir à analyser⁷¹. En tout état de cause, lorsque la Cour affirme que « l'interface utilisateur graphique peut bénéficier, en tant qu'œuvre, de la protection par le droit d'auteur si elle est une création intellectuelle propre à son auteur »⁷², il est difficile de ne pas se demander si l'étape de qualification de l'œuvre n'est pas éludée⁷³ : forme protégeable et originalité sont confondues⁷⁴.

⁶⁷ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 48 (pour les deux citations).

⁶⁸ *Ibid.*, point 49 ; Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, C-393/09, *BSA*, points 75-76.

⁶⁹ Ce qui est relevé au point suivant : CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 50 (« Dans une telle situation, les composantes de l'interface utilisateur graphique ne permettraient pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle propre à cet auteur. »).

⁷⁰ Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 77.

⁷¹ Du reste, on peut se demander à quel niveau de détail (de granularité, disent les informaticiens) il faut se situer : au niveau le plus élémentaire, tout ou presque sera du domaine de l'idée. Pour reprendre l'exemple d'une œuvre littéraire plus classique de l'arrêt *Infopaq*, la Cour relève à raison que « les mots en tant que tels ne constituent [...] pas des éléments sur lesquels porte la protection » (CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International*, préc., point 46). Pourtant, on n'imagine pas d'exclure de l'appréciation l'ensemble des mots d'un texte pour juger de son originalité ! La logique de fragmentation porte en elle-même le « risque de réduire le champ du droit d'auteur » (V.-L. Benabou, note sous l'arrêt *Infopaq* préc., p. 381). Poussée à l'extrême, on ne trouvera plus aucun fragment élémentaire faisant preuve d'originalité.

⁷² CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 46.

⁷³ À moins, comme l'envisage la professeure Benabou de manière interrogative, que la Cour considère que la définition de l'œuvre est identique à celle de l'originalité (obs. préc. sous l'arrêt *BSA*, spéc. p. 210). Mais cela revient au même que la confusion objet-critère.

⁷⁴ Comp., estimant que « la Cour confond (fusionne !) les deux critères de protection, la forme (...) d'un côté et l'originalité de l'autre » : E. Derclaye, « L'arrêt *Softwarová* : une révolution en droit d'auteur ou une « erreur de

L'analyse des interfaces graphiques par la Cour l'a donc conduite à adopter la *merger doctrine* connue du *copyright* américain. Mais elle l'a fait « maladroitement »⁷⁵ : la fusion est ici réalisée entre l'objet et le critère, alors que la *merger doctrine* a pour principe de refuser la protection lorsque l'expression et l'idée se confondent. Cette approche est reprise à propos du droit spécial du logiciel.

Quant à la protection spécifique conférée par la directive de 1991, la distinction entre l'objet et son caractère doit être plus nette encore, puisque sa lettre même impose expressément de distinguer. Ainsi, il convient de vérifier si nous sommes en présence d'une « forme d'expression du programme d'ordinateur » (art. 1§2) avant de prendre la mesure de son originalité, définie comme « création intellectuelle propre » à son auteur (art. 1§3). Cela procède de deux opérations intellectuelles distinctes et de dispositions textuelles différenciées. Pourtant, les choses ne sont pas toujours claires dans les développements de la Cour et de son Avocat général.

Concernant la définition de l'objet de la protection, nous savons que si la directive de 1991 protège « toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur »⁷⁶, elle ne définit pas ce que recouvre cette expression⁷⁷. Il ne fait pas de doute que le code source et le code objet, formes élémentaires et nécessaires du logiciel, fassent l'objet de la protection⁷⁸. La Cour se fonde en particulier sur l'article 10§1, de l'accord sur les ADPIC, déjà invoqué dans l'arrêt *Infopaq*, qui les mentionne expressément⁷⁹. Quant aux autres formes qui peuvent graviter autour du programme, la clé de lecture consiste à voir le programme comme une forme fonctionnelle et en conséquence à estimer qu'il y a forme d'expression du programme à partir du moment où celle-ci permet à l'ordinateur de réaliser sa fonction : « toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur doit être protégée à partir du moment où sa reproduction engendrerait la reproduction du programme d'ordinateur lui-même, permettant ainsi à l'ordinateur d'accomplir sa fonction »⁸⁰. Autrement dit, il y a « forme d'expression

jugement » ? », art. préc., spéc. p. 62. Pour nous, il n'y a pas deux *critères*, mais bien un objet qui doit remplir le critère unique d'originalité.

⁷⁵ *Ibid.* ; D. Gervais et E. Derclaye, « The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers? », *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, spéc. p. 568.

⁷⁶ Article 1^{er} §2.

⁷⁷ La posture est volontaire, dans le but de conserver une évolutivité au champ d'application de la directive : une définition trop précise du programme aurait pu conduire à sa rapide obsolescence dans un secteur évolutif. V. les remarques de la Commission européenne, Proposition de directive, COM (1988) 816 final, cité in Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 46.

⁷⁸ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 35 ; CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 35.

⁷⁹ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 33 ; CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 34.

⁸⁰ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 38. Le raisonnement est implicitement repris dans l'arrêt *SAS* : CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 38.

d'un programme d'ordinateur » dès lors qu'il y a un « programme », et celui-ci est par nature fonctionnel. Cela paraît dans l'ordre des choses puisque le programme se définit par la fonction qu'il exécute⁸¹ : mais en définitive, si le seul apport de la Cour est d'affirmer qu'il y a programme d'ordinateur lorsqu'on est en présence d'une forme d'expression qui fait fonctionner un ordinateur, c'en est presque décevant. Or cette ligne directrice doit lui permettre de répondre aux questions posées et de faire la part des choses entre ce qui est protégé par la directive de 1991 et ce qui ne l'est pas⁸².

La confusion avec le critère d'originalité ressurgit au sujet de la protection de la fonctionnalité : la première question préjudicielle transmise à la Cour dans l'affaire *SAS* consistait à savoir si la fonctionnalité pouvait être considérée comme une « forme d'expression du programme » au sens de la directive 1991/250⁸³. Pour répondre à cette question de la définition de l'objet du monopole, l'Avocat général a mis en avant le critère d'originalité⁸⁴, la caractéristique de cet objet, ce qui est autre chose. À le suivre, le départ de la protection, l'existence d'une forme protégeable, réside dans l'originalité que l'on pourrait y déceler : il ne semble pas y avoir de place pour la forme banale, insusceptible de protection non en raison d'une formalisation insuffisante mais parce qu'elle ne reflète aucune empreinte personnelle. Il est possible d'objecter que le résultat est le même : la protection est accordée à une forme d'expression originale, elle ne l'est pas à celle qui ne l'est point, indépendamment du fait que c'est l'objet à saisir ou son caractère original qui fait défaut. Mais il reste que la véritable raison devrait être, selon nous, soit que la fonctionnalité est, comme telle, insuffisamment formalisée pour faire l'objet d'une protection, soit que la forme fonctionnelle ne laisse pas place à l'arbitraire permettant de caractériser l'originalité⁸⁵. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de répondre à la seconde question préjudicielle, l'Avocat général semble bien laisser de côté le raisonnement centré sur le seul critère en réaffirmant que la fonctionnalité n'est pas protégée car « assimilable à une idée ». Il en déduit que la nature et/ou l'étendue de la

⁸¹ Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., points 47, 59 et s. (« contrairement aux autres œuvres protégées par ce droit qui font appel directement aux sens de la personne humaine, le programme d'ordinateur a une finalité utilitaire et il est donc protégé en tant que tel »). Sur le matériel de conception préparatoire, protégé lorsqu'il permet la création d'un programme : *ibid.* spéc. points 62-64.

⁸² V. *Infra* : seconde partie de cette étude.

⁸³ C'est en tout cas ainsi que la Cour a transcrit la question (point 29). Pour être précis, le juge britannique demandait si « ne constitue pas une contrefaçon du droit d'auteur sur le premier programme le fait pour un concurrent du titulaire du droit (...) de créer un autre programme (...) qui reproduit les fonctions du premier programme » (v. point 28 de la décision *SAS*).

⁸⁴ Conclusions de l'Avocat général, *C-406/10*, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 55.

⁸⁵ V., sur la distinction : H. Croze, « La (non) protection des fonctionnalités et de l'algorithme », *Le logiciel entre brevet et droit d'auteur - le logiciel après la loi du 10 mai 1994 Transactive*, *CUERPI* 1996, p. 81, spéc. p.86.

fonctionnalité, le niveau d'expertise de l'auteur sont indifférents pour l'analyse à mener. Cela est logique puisque la directive indique expressément que l'unique critère à prendre en compte est celui de l'originalité, version « création intellectuelle propre » dans le langage communautaire. En revanche, l'assimilation de la structure du programme à la fonctionnalité⁸⁶ a de quoi surprendre : s'il y a structure, c'est bien qu'il y a une forme, une expression, et il ne faut pas l'exclure de la protection au prétexte que c'est une idée, mais examiner si elle est originale⁸⁷.

Au final, la logique de la Cour va dans le sens d'une reconnaissance de la *merger doctrine* américaine. Peut-être les détours empruntés sur le terrain de l'originalité en font une *merger doctrine* à la mode européenne. Mais le résultat obtenu, notamment par l'affirmation de l'exclusion des idées, permet de trouver une convergence avec les solutions développées outre-Atlantique⁸⁸.

II.- Les résultats de la qualification

L'approche distributive fixe une ligne méthodologique pour l'analyse de ce qui peut être protégé au sein d'un logiciel. Les frontières de la protection sont ainsi déterminées en rejetant certaines formes, non protégeables (A), et en reconnaissant la possibilité de protection à d'autres types d'éléments du logiciel (B).

A.- Les formes non protégeables

L'affirmation du principe d'exclusion des idées, dans l'arrêt *SAS*, constitue à notre avis une assertion de taille (1). Son application ne semble néanmoins destinée qu'à l'exclusion des fonctionnalités (2).

1.- L'affirmation du principe : l'exclusion des idées

La seconde phrase de l'article 1^{er} §2 de la directive de 1991 dispose que : « Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y

⁸⁶ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.*, préc., point 63 : « La structure de ce programme va définir les fonctionnalités de celui-ci et décrire la combinaison de ces fonctionnalités. La fonction même dudit programme [...] va dicter cette combinaison. [...] Quelles que soient la nature et l'étendue de la fonctionnalité, nous pensons que cette dernière ou même la combinaison de plusieurs fonctionnalités restent assimilables à une idée et ne peuvent donc pas être protégées, en tant que telles, par le droit d'auteur. »

⁸⁷ En ce sens, la question de savoir si le niveau de détail avec lequel la fonctionnalité a été reproduite influe sur l'analyse (point d) de la seconde question préjudicielle est logiquement résolue par renvoi à l'appréciation par le juge national de l'originalité des éléments reproduits (*ibid.*, point 67).

⁸⁸ *Computer Associates International, Inc. V. Altai, Inc.*, 23 USPQ (United States Patent Quarterly) 1241 (2d Cir. 1992).

compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive. » Les considérants de cette même directive font explicitement dériver la non-protection des idées du fait que le droit d'auteur ne protège que la forme, l'expression du programme⁸⁹. Au-delà de la protection spécifique, nous rappellerons ici que la non-protection des idées est un principe des plus classiques. En doctrine, la maxime de Desbois, « les idées sont de libre parcours », est restée célèbre⁹⁰. Le Traité de l'OMPI est également explicite sur ce point : « La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. »⁹¹

La formule remarquée de la Cour de Justice n'est donc pas *a priori* étonnante : « admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel. »⁹²

Elle n'en est pas moins remarquable dans son affirmation : car celle-ci n'était nullement nécessaire dans une telle généralité, et la Cour prend bien soin de rappeler quelle était la volonté du législateur tout en s'autorisant à la dépasser. En effet, elle précise, se référant à l'exposé des motifs de la proposition de directive, que l'objectif du législateur était de limiter la protection à la simple expression du programme afin de laisser « la latitude voulue à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même identiques, pourvu qu'ils s'abstiennent de copier »⁹³. Surtout, la Cour approfondit son dévoilement de la *ratio legis* en affirmant qu'une protection trop en amont se ferait « au détriment du progrès technique et du

⁸⁹ Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, préc., cons. 13 à 15 : « considérant que, pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et les principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive ; considérant que, en accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive ;

considérant que, conformément à la législation et à la jurisprudence des États membres ainsi qu'aux conventions internationales sur le droit d'auteur, l'expression de ces idées et principes doit être protégée par le droit d'auteur ; »

⁹⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978 : « *Les idées, comme telles, prises en elles-mêmes, indépendamment de la forme dont elles ont été revêtues, échappent à toute appropriation. Seule, la forme, sous laquelle l'idée a été présentée, donne prise à une exclusivité, à condition d'être originale.* » A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°302, p. 243, et les nombreuses références citées. Comp., en droit américain : D. J. M. Attridge, « Copyright Protection for Computer Programs », *EIPR* 2000, 12, p. 563, concluant l'étude par la proposition suivante : « *copyright law should adopt a restrictive approach to the protection of ideas* ».

⁹¹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 déc. 1996, article 2.

⁹² CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 40.

⁹³ *Ibid.*, point 41.

développement industriel »⁹⁴. Il aurait été possible d'y substituer d'autres fondements : liberté de création éventuellement, liberté de la concurrence très certainement... Le terrain choisi conduit à une double remarque. D'une part, il est clair que le « droit d'auteur » visé ici est le droit spécial protégeant les logiciels, et non le « droit commun ». La nature industrielle de ce « droit d'auteur » (très) spécifique est ainsi clairement affirmée. Cela nous semble logique car le droit spécifique est, pour nous, un droit industriel plus proche du brevet que du droit d'auteur classiquement entendu. Mais dès lors, les porosités et confusions entre droit spécial et « droit commun » que nous avons identifiées sont d'autant plus condamnables. D'autre part, il faut s'interroger si, ce faisant, la Cour ne déborde pas sur le terrain du brevet, dont le progrès industriel est la finalité traditionnelle⁹⁵. En outre, il n'est pas impossible que cette posture soit un signe d'anticipation de la réforme du système des brevets en Europe, actuellement en discussion⁹⁶, sur laquelle la Cour de Justice elle-même est intervenue⁹⁷.

La formule s'applique, en tout état de cause, très bien à la première question préjudicielle portant sur la possibilité de protection des fonctionnalités.

2.- L'application du principe : l'exclusion des fonctionnalités

La Cour exclut très clairement la possibilité de protection des fonctionnalités objet de la première question préjudicielle dans l'affaire *SAS*⁹⁸. Contrairement aux questions à propos des langages de programmation et des formats de fichiers, il n'est pas ici fait renvoi au droit commun du droit d'auteur : aucune protection n'est donc envisageable en droit d'auteur, ni version « logiciel » ni version « droit commun ». La Cour a d'ailleurs pu, à l'occasion des septième et huitième questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 5§3 de la

⁹⁴ *Ibid.*, point 40 ; Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 57.

⁹⁵ V., à propos des lois françaises révolutionnaires, en évoquant une réglementation du « progrès industriel » : E. Pouillet, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 3^{ème} éd., 1899, Marchal et Billard, p. 12. En 1762, Louis XV avait signé une déclaration pour réglementer le privilège des inventeurs avec pour objectif de « stimuler le développement de l'esprit inventif et du progrès de l'industrie » (cité in J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007, p. 5).

⁹⁶ Parlement Européen, *Rapport sur le système juridictionnel pour les litiges en matière de brevets*, 2011/2176(INI), Commission des affaires juridiques, 10 janv. 2012. V., p. ex. : P. Véron, « Quel modèle pour le système juridictionnel des litiges des brevets en Europe ? », *Gaz. Pal.* 2011, 344, p. 30 ; J.-C. Galloux et B. Warusfel, « Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européen et communautaire », *Propriétés intellectuelles* 2009, 30, p. 9 ; C. N. Pehlivan, « The creation of a single European patent system: from dream to (almost) reality », *EIPR* 2012, 34(7), p. 453.

⁹⁷ CJUE, ass. plén., avis n° 1/09, 8 mars 2011, Europe n° 5, Mai 2011, étude 5 par D. Simon ; *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, Avril 2011, chron. 4, p. 555, note D. Dero-Bugny ; *EIPR* 2011, 33(7), p. 409, A. Poore.

⁹⁸ La question était de savoir si l'acte de contrefaçon au titre de la directive de 1991 est constitué dans l'hypothèse où « un concurrent du titulaire du droit, sans avoir accès au code source du premier programme, que ce soit directement ou par un processus tel que la décompilation du code objet, [a créé] un autre programme qui reproduit les fonctions du premier programme »

directive de 1991, insister sur le fait que les dispositions contractuelles doivent respecter le principe de non-appropriation des idées : la finalité de la directive est d'« assurer que les idées et principes à la base de tout élément d'un programme d'ordinateur ne soient pas protégés par le titulaire du droit d'auteur au moyen d'un contrat de licence »⁹⁹.

Cette décision de ne pas étendre la protection aux fonctionnalités semble d'ailleurs cohérente avec la jurisprudence américaine¹⁰⁰ et la *merger doctrine* évoquée plus haut. Mais si l'affirmation de principe est claire¹⁰¹, son application est plus délicate. Les idées sont exclues, soit. Mais qu'est-ce qu'une idée ? Qu'est-ce qu'une fonctionnalité ? La difficulté d'identification de la frontière entre idée et expression demeure entière¹⁰².

Reste donc à se demander ce que recouvre exactement la notion de « fonctionnalité » d'un programme d'ordinateur... L'arrêt lui-même ne répond pas à la question. Les conclusions de l'Avocat général sont plus précises, même si la conception de la fonctionnalité exclue est diffuse : il s'agit du « service » qu'attend l'utilisateur du programme d'ordinateur, autrement dit le résultat attendu par l'utilisateur du programme¹⁰³. Ce « service » est en lui-même exclu du droit d'auteur car le droit d'auteur ne saurait saisir un objet non formalisé. Mais la pétition de principe, aussi louable qu'elle puisse paraître comme telle, demeure insuffisante pour qui veut appréhender les choses de manière concrète : il demeure bien délicat de faire le point de départ entre la forme protégée et la fonction non protégée.

⁹⁹ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 51. Nous n'entrerons pas, dans le cadre de la présente étude, dans le détail des développements relatifs à la protégée de l'article 5§3, et des questions concernant la décompilation, posées à la Cour bien qu'en l'espèce la société WPL n'avait effectué aucune décompilation. V. D. Gervais et E. Derclaye, « The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers? », *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, spéc. p. 570 et s.

¹⁰⁰ *Computer Associates International Inc v Altai* (1992), préc. ; *Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), sur lequel : M. Schwarz, *Copyright Protection is 'Not on the Menu' : Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc.*, *EIPR* 1995, p. 337-339. V. p. ex. : E. Derclaye, « Software Copyright Protection : Can Europe Learn From American Case Law ? », *EIPR* 2000, 2, p. 56, spéc. pp. 57 et s. ; P. Samuelson, T. Vinje et W. Cornish, « Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces? », *EIPR* 2012, 34(3), 158-166, spéc. p. 161.

¹⁰¹ Dans le même sens, en France, affirmant que « les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée » : Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n°03-21.154, *Bull.*, 2005, 499, p. 420, *RLDI* 2006, 14, Éclairage 396, p.15, note P. Belloir ; *JCP E* 2006, 23, 1896, note P. Masquart ; *RTDCom* 2006, p.79, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. ind.*, mars 2006, 3, comm., 27, J. Schmidt. V. également (et plus largement) : S. Carre, « Actualité(s) du logiciel », *Prop. ind.*, juin 2006, 6, étude, 16.

¹⁰² Pour une critique de la *merger doctrine* par d'éminents auteurs américains, v. : Laddie, Prescott and Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd ed., 2000), n°3.74 à 3.80, dénonçant « the "idea-expression fallacy" » : « the maxim is obscure or, in its broadest sense, suspect ».

¹⁰³ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 52. Est pris, au point 54, pour exemple le cas d'un système de réservation de billets d'avion, tiré de l'affaire *Navitaire / EasyJet* traduite devant les tribunaux britanniques (High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, [2004] EWHC 1725 (Ch), *Com. com. électr.* 2005, 2, Alerte 66, par P. Kamina ; *EIPR* 2004, 26(11), N192-193.

En effet, l'arrêt de la Cour ne présente pas de piste à suivre dans la recherche de distinction entre forme protégeable et fonction-idée insusceptible de protection, se contentant d'approuver les conclusions de l'Avocat général. Celles-ci nous semblent entretenir la confusion déjà critiquée entre forme d'expression et originalité, entre l'objet de la protection et le critère retenu pour y accéder. L'Avocat général, reprenant le critère de « création intellectuelle propre » à l'auteur de l'article 1 §3, estime que « la créativité, le savoir-faire et l'inventivité se manifestent dans la manière dont le programme est élaboré, dans son écriture. (...) ». Cependant, la manière dont tous ces éléments seront arrangés, tel que le style de l'écriture du programme d'ordinateur, sera susceptible de refléter une création intellectuelle propre à son auteur et donc sera susceptible d'être protégée. »¹⁰⁴ Ainsi, la confusion est perceptible, selon nous, dans les développements de l'Avocat général, entre la démarche du programmeur et son « style » d'écriture. Pour reprendre la terminologie utilisée, la « manière dont le programme est élaboré » n'est pas, selon nous, l'« écriture », et « la manière dont [les] éléments [sont] arrangés » ne correspond pas au « style de l'écriture ». Concrètement, nous ne nous trouvons pas au même stade de la création du logiciel : l'élaboration, l'arrangement, correspondent à l'analyse (au « matériel de conception préparatoire » expressément visé par la directive), l'écriture au « codage » subséquent sous forme de langage informatique. La structure définie au stade préliminaire peut se retrouver dans la structure rédigée en suites d'instructions, mais point nécessairement¹⁰⁵. À moins que l'Avocat général n'envisage le fait qu'il y existe une part de structuration de l'écriture du code source au fur et à mesure de la rédaction, indépendamment de l'architecture préalablement déterminée. Mais il s'agirait toujours de deux choses distinctes, en fonction du niveau de « granularité » auquel on se situe. Plus concrètement encore, les pièces versées au dossier que le juge, assisté d'un expert, devra analyser pour y déceler une « création intellectuelle propre » ne sont pas les mêmes. Sans compter que ce n'est parfois pas la même personne qui a agi pour la création de tel ou tel élément : les analystes intervenant en amont de la rédaction laissent souvent la rédaction du code source aux programmeurs, en particulier pour des projets d'une importante envergure. Par ailleurs, la « combinaison de plusieurs fonctionnalités » est exclue par l'Avocat général à la fois parce qu'il faut l'assimiler à une idée et que « la fonction même [du] programme (...) »

¹⁰⁴ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 55.

¹⁰⁵ F. Macrez, « Logiciel : le cumulard de la propriété intellectuelle » in J.-M. Bruguière (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz 2011, p. 47.

va dicter cette combinaison »¹⁰⁶, c'est-à-dire qu'elle ne peut être originale. Il nous semble néanmoins que la combinaison de fonctions, même banales en elles-mêmes, peut procéder d'une structuration laissant place à l'arbitraire. S'il paraît possible d'affirmer que la structure d'écriture est dictée par la fonction, bien que cela soit quelque peu réducteur en raison de la complexité du contexte technique¹⁰⁷, l'analyse d'une fonctionnalité regroupant un ensemble de fonctions élémentaires ne nous paraît pas pouvoir être assimilée à l'analyse d'une fonction "indécomposable".

En réalité, la notion de « fonctionnalité » du logiciel peut revêtir deux sens distincts : le résultat attendu et le processus suivi pour l'obtenir. Malgré certains développements de l'Avocat général, la Cour semble exclure le premier. Mais quant à l'analyse du second, il faut nécessairement considérer la forme décrivant le processus à la machine : structure, arrangement, combinaison... Et nous ne voyons pas en quoi cela devrait être qualifié d'« idée » exclue, puisque, précisément, une forme est présente. Dans la mesure où l'on se situe en amont de la rédaction, au niveau de la structure de l'écriture, son originalité devra être minutieusement examinée.

Une protection reste toujours possible dès lors que l'exigence de formalisation est remplie et sous condition d'originalité. D'ailleurs, l'arrêt *SAS* laisse explicitement la porte ouverte pour certains éléments du programme.

B.- Les formes protégeables

L'acceptation des formes pouvant être protégées par le droit d'auteur, grâce à une protection « de repli » (2) implique dans un premier temps de relativiser quelque peu la portée du principe d'exclusion des idées (1).

1.- La relative portée de l'exclusion des idées

Le principe d'exclusion des idées avait été affirmé par l'Avocat général à propos des fonctionnalités, mais aussi des langages de programmation, les deux questions ayant été traitées ensemble¹⁰⁸, distinctement de la protection des formats de fichiers. La Cour ne reprend pas cette présentation et paraît regrouper le traitement des trois objets. Pour autant, dans l'arrêt, le refus de monopoliser les idées ne se rapporte explicitement qu'à la question des fonctionnalités. Il est en conséquence permis d'hésiter sur le fait de savoir si la Grande

¹⁰⁶ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 63.

¹⁰⁷ F. Macrez, « Logiciel : le cumulard de la propriété intellectuelle », art. préc.

¹⁰⁸ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 76.

chambre suit l'Avocat général quant au fondement de l'exclusion des langages de programmation de la protection. L'arrêt lui-même est très elliptique sur ce point, et il est possible d'hésiter sur le rôle à donner aux développements de l'Avocat général pour en éclairer le sens. La doctrine, bien que peu disert sur la question, va dans le sens du fondement de l'exclusion des idées. En effet, le langage de programmation est considéré comme trop abstrait pour être analysé comme une forme protégeable : c'est « une œuvre scientifique, une construction théorique », un ensemble de méthodes¹⁰⁹. Le langage est un « moyen de s'exprimer et non l'expression en elle-même »¹¹⁰, indique l'Avocat général. « Passage obligé »¹¹¹, il doit, comme tel, rester libre¹¹². À propos des formats de fichiers, la Cour a procédé à un raisonnement analogue à celui tenu sur les langages de programmation, malgré un traitement différencié de la part de l'Avocat général. La problématique est similaire en ce que les formats de fichiers peuvent être vus comme des idées insuffisamment formalisées pour donner prise à la protection : ils sont un mode d'organisation de l'information.

Pourtant, dans les deux cas, le renvoi exprès au « droit commun » conduit à invalider la non-protection des idées comme fondement de leur exclusion de la protection par le droit spécial. Car le principe d'exclusion des idées existe également en « droit commun » du droit d'auteur : le renvoi à une éventuelle protection sur le fondement de la directive de 2001 implique que la Cour n'a pas voulu, par principe, les considérer comme des idées. Il reste que le juge national aura toute liberté de dénier la protection, au cas par cas, au motif d'une formalisation insuffisante ou d'une absence d'originalité.

Par ailleurs, la logique interne de la directive de 1991 peut laisser penser que ses rédacteurs n'ont pas entendu traiter langages de programmation et formats de fichiers comme étant de libre parcours. À propos des langages, l'argument de la société SAS n'était pas dénué de fondement : selon la directive « les idées et principes *qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés* »¹¹³, ce qui permet de

¹⁰⁹ P. Roussel, « La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique », *Com. com. électr.*, avril 2005, 4, Étude, 5 (cité également dans les conclusions de l'Avocat général). V. également : M. Vivant, « Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme. » in Y. Michaud (dir.), *Université de tous les savoirs - Les Technologies*, Odile Jacob 2002, p. 165.

¹¹⁰ Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 71.

¹¹¹ M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, Lamy, Paris, 2012, n°160.

¹¹² V. p. ex., en Grande-Bretagne : High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, préc., spéc. §88 : « *What this recital [14], and the associated dispositive provision of Article 1(2), appear to be intended to do, is to keep the language free for use, but not the ideas expressed in it* ». Et, aux États-Unis :

¹¹³ Article 1§2, seconde phrase (nous soulignons).

soutenir que l'exclusion est cantonnée à ce qui se situe en amont du langage et, *a contrario*, qu'elle ne porte pas sur le langage lui-même, analysé en son entier. Et il est vrai qu'à raisonner en termes de formalisation, celle-ci peut être jugée suffisante pour donner prise au droit d'auteur, pour juger qu'il y a « forme d'expression ». Il resterait alors à s'interroger sur son originalité¹¹⁴. La Cour ne suit pas cet argumentaire, se contentant d'affirmer que le langage de programmation, tout comme les formats de fichiers¹¹⁵, « dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression de ce programme au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250 »¹¹⁶. L'exclusion peut donc paraître fondée sur le fait que, tout comme dans l'arrêt *BSA* à propos des interfaces graphiques¹¹⁷, les éléments analysés ne sont pas des programmes car ils ne permettent pas directement à l'ordinateur d'accomplir sa fonction : ce sont des formes permettant de faire fonctionner le programme mais elles ne peuvent être assimilées au programme lui-même.

La possibilité d'une protection de repli confirme cette analyse.

2.- Les protections subsistantes : « droit commun » et droit spécial

Les protections envisageables au-delà du droit d'auteur (telles que celle offerte par le brevet, voire par le contrat ou la concurrence déloyale) dépassent le cadre de la présente étude. En droit d'auteur, la Cour de Justice renvoie expressément au droit commun. Mais il nous semble, malgré les apparences, qu'une place demeure pour le droit spécial.

La protection de repli par le « droit commun » du droit d'auteur est expressément reconnue par la Cour à propos des langages de programmation et des formats de fichiers. Le juge aura donc à les examiner au regard de l'existence d'une forme qui devra être caractérisée comme originale. Bien que le critère de « création intellectuelle propre » semble affaiblir le seuil

¹¹⁴ Laquelle est exclue catégoriquement par l'Avocat général dans un mouvement de confusion entre l'objet et le critère que nous avons critiqué plus haut (Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 71 : « le langage de programmation est constitué de mots et de caractères connus de tous dépourvus de toute originalité. »).

¹¹⁵ Le cas des formats de fichiers est particulier : en décidant que le format de fichiers n'est pas une « forme d'expression du programme » au sens de la directive, l'équilibre difficilement trouvé dans les dispositions relatives à la décompilation est perturbé. En effet, prévoir une exception pour décompilation, dans l'article 6, implique en bonne logique que la protection pour l'interface logique existe au sens de cette même directive. La volonté de laisser libre ce qui ressemble fort à de l'information brute peut être approuvée (mais le renvoi au « droit commun » ne l'exclut pas totalement). Cela étant, on ne peut se départir du texte lui-même : quel sens donner à l'existence d'une exception si on lui retire le monopole qu'elle était censée limiter ? La démarche, non suivie, de l'Avocat général était plus convaincante en ce qu'elle recherchait à aménager l'articulation avec l'article 6 : *ibid.*, points 77 et s.

¹¹⁶ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 39.

¹¹⁷ CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 38 et s., spéc. point 40 : « l'interface utilisateur graphique est une interface d'interaction, qui permet une communication entre le programme d'ordinateur et l'utilisateur ».

traditionnel du droit d'auteur continental, il nous semble hautement improbable que l'un ou l'autre puisse effectivement accéder à la protection. Quant à l'interface graphique, la décision de la Cour ne doit pas à notre avis être lue comme visant l'interface utilisateur graphique dans son ensemble : il faut distinguer la forme externe, *les effets graphiques* de l'interface utilisateur, ceux-ci pouvant très bien donner prise à l'originalité dans l'expression selon les cas, et la forme interne correspondant au code source, c'est-à-dire au logiciel, décrit d'ailleurs comme tel par l'Avocat général¹¹⁸, relevant donc de la *lex specialis*¹¹⁹.

Quant au droit spécial, il nous semble qu'il est possible, voire nécessaire, de se départir des formulations de la Cour. En effet, lorsqu'elle dénie par principe à l'interface utilisateur la qualification de programme, nous pensons qu'elle est dans l'erreur : l'interface est un logiciel en soi, constitué de formes incontestablement qualifiées de logiciels, à savoir le code source et le code objet¹²⁰. L'interface est une "couche" de logiciel dont la fonction est de permettre ou de faciliter l'interaction avec le logiciel sur laquelle elle se greffe. En cela, nous l'avons vu, la formule de l'arrêt *SAS* à propos des langages de programmation et format de données est précise quant à la méthode suivie : l'« élément » du programme en question ne constitue pas « une forme d'expression *de ce programme* »¹²¹. Autrement dit, ce n'est pas un accessoire du programme qui doit en suivre le régime juridique¹²². Il faudra donc l'analyser indépendamment, pour ce qu'il est. Et ce peut être un programme... Car il n'y a aucune raison de dénier la qualification de « formes d'expression » d'un programme en fonction du but poursuivi : l'interface est un programme d'ordinateur dédié à l'interaction avec l'utilisateur. En d'autres termes, la solution de l'arrêt *SAS* devrait être appliquée aux interfaces graphiques : celles-ci ne sont pas des accessoires du programme mais peuvent être qualifiées de programmes de manière indépendante.

Un raisonnement analogue peut être mené à propos des langages de programmation. Bien que

¹¹⁸ Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., point 73 : « Derrière l'interface utilisateur graphique se cache, en effet, une structure complexe développée par le programmeur. Ce dernier utilise un langage de programmation qui, structuré d'une certaine manière, va permettre d'obtenir un bouton de commande spécial, par exemple le « copier-coller », ou encore une action, tel le fait de cliquer deux fois sur un dossier pour l'ouvrir ou cliquer sur une icône pour réduire la fenêtre qui est ouverte. »

¹¹⁹ V. p. ex., en Allemagne, où la jurisprudence relève que bien que l'interface est implémentée dans la structure du programme, le programme et l'interface doivent être analysés comme deux objets de droit différents : OLG Düsseldorf, 29 juin 1999, *CR* 2000, 184 – *Framing* ; OLG Hambourg, 11 janvier 2001, *ZUM* 2001, 519, spéc. 521 – *Faxkarte* ; OLG Hamm, 24 août 2004, *MMR* 2005, 106. De même, en Angleterre : High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, préc.

¹²⁰ Il convient de préciser que ce dernier peut ne pas exister, dans le cas d'un langage interprété (généralement les langages dits « de script ») qui est exécuté par un programme interprète et non directement par la machine. Un « code source » (en réalité : un script) est présent dans tous les cas.

¹²¹ Nous soulignons.

¹²² V.-L. Benabou, note préc., p. 208 : « l'interface envisagée en tant que telle constitue une partie du logiciel mais une partie insuffisante pour être assimilée au tout. C'est une infra-œuvre logicielle. »

la Cour semble leur dénier la qualification de programme d'ordinateur et renvoyer vers le « droit commun », il convient de retenir surtout que le langage n'est pas un accessoire du programme. Il ne nous paraît pas impossible que l'analyse révèle que l'utilisation de certains langages de programmation peut inclure la reprise des bibliothèques logicielles, de compilateurs ou d'interpréteurs. Le créateur du langage n'est alors pas dénué de toute protection puisque ces programmes doivent rester protégés en tant que programmes¹²³ : les codes sources ou codes objets seraient nécessairement repris par le tiers "cloneur" et nous serions alors, comme le note d'ailleurs la Cour, dans une hypothèse de « reproduction partielle » au sens de l'article 4 a) de la directive de 1991¹²⁴.

Au final, langage de programmation et interface graphique devraient donc, selon nous, pouvoir être qualifiés de programmes indépendants, à condition de répondre à la définition fonctionnelle du programme d'ordinateur.

Conclusion

L'apport premier de la Cour de Justice à la délimitation de la protection des logiciels par le droit d'auteur tient à la méthode adoptée. La qualification distributive permet de rendre compte du caractère complexe de la création logicielle : son adoption paraît naturelle en ce qu'elle conduit à analyser les choses pour ce qu'elles sont. Pourtant, la mise en œuvre de la méthode s'avère malaisée, principalement parce qu'à la complexité de l'objet s'ajoute une lacune législative : le « droit commun » que la Cour de Justice s'efforce de construire ne dispose d'aucun fondement textuel. Non seulement la légitimité et la compétence de la Cour pour découvrir un « droit commun du droit d'auteur » européen peuvent être questionnées, mais l'appareil conceptuel se construit également au fur et à mesure. La définition de l'objet de la protection, l'œuvre originale, a été réalisée par induction basée sur des directives spécifiques, ce qui est en soi critiquable. Et lorsqu'il s'agit de distinguer, en les articulant sur un objet complexe, le « droit commun » fraîchement découvert avec le droit spécifique qui lui a servi de base conceptuelle, le terrain est instable, les flottements inéluctables. La Cour aura sans doute l'occasion de venir préciser ou rectifier certaines qualifications. C'est d'ailleurs le mouvement dans lequel elle s'inscrit : l'arrêt *BSA* est, pour nous, un « coup d'essai », et la

¹²³ M.-A. Santopaolo, *Protection juridique des langages de programmation*, Mémoire DEA, Montpellier, 2002, cité in M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, *op. cit.*, n°160.

¹²⁴ CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 43 : « si un tiers se procurait la partie du code source ou du code objet relative au langage de programmation ou au format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur et qu'il créait, à l'aide de ce code, des éléments similaires dans son propre programme d'ordinateur, ce comportement serait susceptible de constituer une reproduction partielle ».

plus récente décision *SAS*, malgré quelques incertitudes, est de celles fixant une ligne directrice.

En effet, l'affirmation du principe de non-appropriation des idées, dans la décision *SAS*, marque la volonté de la Cour de faire montre d'une véritable vision. Car si dans le domaine du droit d'auteur, une « absence de direction claire » et un « défaut d'approche politique »¹²⁵ ont pu lui être reprochés, dans la mise en œuvre du principe, bien que des critiques puissent être émises, il est clair que la Grande chambre a entendu établir le point de départ d'une ligne de conduite permettant de tracer les limites de la protection. Et il nous semble que la politique ainsi affirmée est destinée à déborder le cadre strict du droit d'auteur : la non-appropriation des idées doit être vue comme un *principe général du droit*¹²⁶.

Au-delà des décisions de la Cour, il nous apparaît en effet que le principe doit être respecté par les autres branches du droit. La théorie des agissements parasites ne doit pas à notre avis¹²⁷ interférer avec le principe affirmé par le droit spécial : *Generalia specialibus non derogant*. Le droit des brevets est également conçu pour respecter la non-appropriation du résultat lui-même et ne pas s'étendre à des éléments trop abstraits. Et la Cour de Justice, par la formule employée visant le « progrès technique » et le « développement industriel », semble anticiper sa compétence en la matière. Il n'est donc pas certain que si une compétence lui est octroyée par le projet de juridiction européenne des brevets, la vision déployée à Luxembourg converge avec la doctrine développée depuis vingt-cinq ans à l'Office Européen des Brevets de Munich à propos des « inventions mises en œuvre par ordinateur »... Alors qu'une telle compétence nous semble pourtant essentielle : car disposer d'un interprète unique en dernier ressort dans des matières qui tendent à se chevaucher serait salubre pour l'unité et la cohérence¹²⁸ de la protection des logiciels en Europe et la sécurité juridique des acteurs du secteur.

¹²⁵ V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., pp. 152-153 (pour les deux citations).

¹²⁶ F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., n° 546 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, op. cit., n° 64.

¹²⁷ V., sur cette discussion, F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., n°494 et s. et les références citées ; F. Macrez, « Les fonctionnalités du logiciel sont (toujours) de libre parcours », *RLDI* 2008, 36, Éclairage, 1195, p. 14.

¹²⁸ CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc., point 188 (« ... compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence... »).