



## Droit d'auteur Contrefaçon de logiciel et fonds commun de l'informatique

Le caractère éminemment technique de la contrefaçon de logiciel confronte les juridictions à une difficulté d'appréhension judiciaire des créations qui leur sont soumises, tant au stade de l'identification des éléments logiciels admis à la protection par le droit d'auteur qu'à celui de l'appréciation de l'originalité. Doivent ainsi être combinées une analyse judiciaire et une analyse technique.

L'action en contrefaçon appartient à l'auteur ou au titulaire des droits, à peine d'irrecevabilité. L'auteur, créateur de l'œuvre qui doit être à l'origine de la création sur laquelle il revendique la protection, est celui qui est intervenu dans l'univers des formes et ne se contente pas d'apporter des éléments de connaissance, d'expérience ou de savoir-faire qui, en tant que tels, sont insusceptibles de lui conférer la qualité d'auteur<sup>1</sup>. L'action en contrefaçon est à ce titre soumise à un travail préalable et technique d'identification des éléments logiciels revendiqués.

### L'IDENTIFICATION DU LOGICIEL EN DROIT D'AUTEUR

#### Logiciel protégeable

Le logiciel, à savoir « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »<sup>2</sup>, est une œuvre définie par la loi dont les contours ont été précisés par la jurisprudence. L'article L. 112-2, 13° du code de la propriété intellectuelle dispose que « les logiciels, y compris les travaux de conception préparatoire » sont protégés par le droit d'auteur. Sont ainsi admis à la protection les programmes, entendus comme une suite ordonnée d'instructions destinées à être exécutées par la machine

et quelle qu'en soit la forme, en code source ou en code objet, et quelle que soit la nature de leur support, et le matériel de conception préparatoire, entendu comme les documents de conception techniques qui ont permis l'écriture des instructions destinées à être exécutées par l'ordinateur. En revanche, ne sont pas protégeables par le droit d'auteur les idées et principes à la base du logiciel (directive du Parlement européen 2009/24/CE, 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Article 1 : « Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, 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 ») et les fonctionnalités d'un logiciel à savoir ses aptitudes à accomplir certaines tâches et qui peuvent être définies comme « la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé »<sup>3</sup>.

#### Composantes du logiciel

Au-delà du domaine des idées, le logiciel est une œuvre à composantes multiples dont seules certaines sont protégeables. La Cour de justice de l'Union européenne précise par exemple, dans un arrêt du 2 mai 2012, que « l'article 1 (de la directive) doit être interprété en ce sens que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur,

ni le langage de programmation et le format de fichier de données utilisées ( ) ne constituent une forme d'expression de ces programmes »<sup>4</sup>. Encore, sont exclus de la protection par le droit d'auteur les algorithmes, successions d'opérations mathématiques décrivant les termes logiques d'un problème<sup>5</sup>.

L'identification des éléments susceptibles de protection n'est pas vaine. La cour d'appel de Paris sanctionne le demandeur qui « se contente de nommer et de retranscrire des généralités sur leur fonctionnement, sans s'attacher à individualiser les éléments caractérisant l'expression de chacun d'eux alors qu'il eût été nécessaire, afin de répondre aux moyens qui lui sont opposés par les défendeurs à l'action, de spécifier, notamment, quels cahiers des charges ont été à l'origine de l'élaboration de chacun, selon quelles étapes et par qui ont été réalisés les algorithmes, de quelle manière et par qui ont été construits les programmes utiles à son activité, quand, comment et par qui ont été effectuées leur différentes programmations »<sup>6</sup>. L'action en contrefaçon va donc être soumise à un prérequis déterminant : la cartographie des éléments logiciels appropriables.

#### Originalité, condition nécessaire

Les composantes logicielles protégeables seront ensuite soumises au filtre de l'originalité. La directive 2009/24/CE du

23 avril 2009 rappelle en son article 1er qu' « un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection ». Définie par l'arrêt Pachot, l'originalité du logiciel s'apprécie au regard de « l'apport intellectuel » de l'auteur et de son « effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante ». Les critères d'appréciation de cette notion, portée par une jurisprudence constante, ont été rappelés et précisés par la Cour de cassation le 17 octobre 2012 : trois critères doivent être réunis, à savoir l'existence de choix opérés par l'auteur-concepteur du logiciel, un apport intellectuel propre à cet auteur et un effort personnalisé de ce dernier<sup>8</sup>.

Chaque juge du fond, qui procède à une appréciation subjective de l'originalité, s'approprie pour son analyse les principes dégagés par la Cour de cassation. Ainsi, la cour d'appel de Paris juge dans un arrêt du 17 octobre 2012 que « l'originalité d'un logiciel peut résulter de l'inventivité et du réalisme pragmatique dans la construction du logiciel et ses modalités opérationnelles, des choix personnels opérés ou encore de la structure individualisée »<sup>9</sup>. Et la cour de préciser qu'« il convient de rechercher si le programmeur a ainsi fait des choix résultant de cet effort créatif, c'est-à-dire qui n'auraient pas pu être réalisés aisément par un autre individu »<sup>10</sup>.

## Le fonds commun de l'informatique, outil d'identification

La notion de fonds commun de l'informatique, composé de tout ce qui échappe à l'appropriation privative, joue alors un rôle déterminant. Synonyme pour certains juges de banalités non appropriables, le fonds commun de l'informatique permet de trier et classer les différentes composantes du logiciel et d'exclure les éléments qui, eu égard à leur qualification ou leur nature, ne peuvent être revendiqués au soutien d'une action en contrefaçon de logiciel.

Par une approche chimique du logiciel, l'auteur, assisté par un expert le cas échéant, devra exclure de sa revendication, et sans que cette liste soit exhaustive, l'ensemble des éléments communs,

au nombre desquels les théories scientifiques et méthodes mathématiques, les algorithmes, les langages de programmation ou encore les éléments dictés par l'état de l'art informatique ou imposés par les fonctionnalités ou le métier. Sur les éléments admissibles à une protection par le droit d'auteur, l'auteur devra caractériser l'originalité et convaincre de son apport personnalisé.

Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris rappelle que « la protection d'une œuvre de l'esprit est acquise à son auteur sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale en ce sens qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et n'est pas la banale reprise d'un fonds commun non appropriable »<sup>11</sup>. Le tribunal fait de l'exclusion du fonds commun de l'informatique l'une des conditions de l'accès à la protection par le droit d'auteur du logiciel.

## L'APPRÉCIATION DU LOGICIEL AU CŒUR DU CONTENTIEUX DE LA CONTREFAÇON

La contrefaçon ne peut porter sur des éléments exclus de la protection, comme ceux ne relevant par le logiciel au sens de l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, ou non originaux. La contrefaçon ne peut pas plus porter sur les éléments non appropriables qui appartiennent au fonds commun de l'informatique. Ainsi, l'action en contrefaçon sera rejetée, sans examen des ressemblances entre le logiciel initial et celui argué de contrefaçon, à défaut d'identification des éléments logiciels dont la protection est revendiquée<sup>12</sup>.

## Nécessité pour les parties d'alléguer les faits fondant leur prétention

L'article 6 du code de procédure civile dispose que « [à] l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ». Aux termes de l'article 9 du code de procédure civile, « [il] incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Ainsi, au demandeur à une action en contrefaçon de logiciel de prouver sa titularité de droit d'auteur sur des composantes logicielles protégeables par le droit d'auteur, d'établir que ces éléments

sont originaux et enfin de démontrer l'existence de ressemblances constitutives d'actes de contrefaçon.

L'appréciation finale reviendra au juge du fond qui statuera au regard des éléments qui lui sont soumis, sur la recevabilité du demandeur, mais également sur le bien-fondé de son action. Or, comment le juge pourrait-il remplir son office lorsque son appréciation juridique ne peut être dissociée d'une analyse technique ?

Les articles 143 et suivants du code de procédure civile permettent au demandeur de soutenir ses prétentions par l'analyse d'un expert technique indépendant, ou au juge d'être éclairé sur les éléments soumis à son appréciation. Si la mesure d'instruction ne doit pas devenir une tactique judiciaire pour le demandeur qui cherche à s'exonérer d'apporter la preuve qui lui incombe<sup>13</sup>, y recourir sert à traduire dans un langage compréhensible pour les juristes les lignes de codes et l'ensemble des documents préparatoires. De là à soutenir qu'elle serait incontournable, il n'y a qu'un pas difficile à franchir. Elle offre surtout à un demandeur, sous réserve qu'il ait produit des pièces nécessaires au succès de sa prétention, de bénéficier d'un rapport d'expertise à destination du juge et donc d'une transcription juridiquement appréhendable du langage informatique. Le demandeur qui sait faire œuvre pédagogique ou est assisté d'un expert privé pourrait certainement s'en passer dès lors que les pièces et analyses qu'il produit permettent au juge de procéder à son appréciation souveraine. La mesure d'instruction peut également être ordonnée directement par le juge qui ne dispose pas d'éléments suffisants. Rappelons qu'en toute hypothèse, la mesure d'instruction ne peut être ordonnée par les juges que s'ils estiment que les éléments sont sérieux au regard des prétentions formulées<sup>14</sup>.

## Caractère indissociable du technique et du juridique

Alors que le juridique et le technique semblent antinomiques, le contentieux de la contrefaçon de logiciel illustre au contraire leur complémentarité. En effet, l'effort personnalisé, nécessaire pour démontrer l'originalité d'une œuvre judiciaire, est un concept juridique dont l'appréciation est technique. Les décisions sont rendues par des juges, qui ne sont pas des techniciens informatiques ou des hommes

de l'art, et qui apprécient souverainement les éléments techniques qui leur sont présentés par les parties. L'expert judiciaire doit rester cantonné dans un rôle technique, dès lors qu'il n'existe pas de transfert du pouvoir souverain des juges, notamment dans l'appréciation de l'originalité.

L'expertise judiciaire doit être menée au service du juge (et non des parties) qui au final aura à apprécier les éléments qui lui sont soumis. Deux protagonistes en plus des parties dans le procès en contrefaçon de logiciel : le premier, dont le rôle est rappelé par la loi, le technicien, qui « ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique »<sup>15</sup> et le second, le juge qui ne doit pas, lorsqu'il ordonne une mission d'expertise, déléguer à un technicien l'exercice de son pouvoir juridictionnel. Le rôle dévolu à l'expert par les textes se limite à l'appréciation des éléments techniques d'une affaire afin d'éclairer le juge sur des questions techniques complexes dans des domaines où ce dernier ne dispose pas de connaissance particulière, étant rappelé que le juge ne sera jamais lié par les conclusions du technicien<sup>16</sup>.

### Le fonds commun de l'informatique, tamis de la contrefaçon

Le contentieux de la contrefaçon de logiciel s'apprécie à trois niveaux : l'identification des éléments protégés par le droit d'auteur ; l'établissement de l'originalité, prérequis à l'analyse de ressemblances ; enfin, l'étude des éléments prétendument contrefaisants. Il est proposé une approche de l'expertise en deux phases : la protection du logiciel contrefait et l'analyse des actes prétendument contrefaisants.

La première phase permet de s'assurer que le demandeur est titulaire des droits sur le logiciel dont il revendique la protection, en tout ou partie, et que ces éléments sont originaux. Dans un premier temps, l'expert devra procéder à une décompilation du logiciel prétendument contrefait. Les éléments identifiés seront alors passés au tamis afin d'exclure de l'analyse ceux qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur du logiciel (idées, principes, fonctionnalités, méthodes mathématiques, algorithmes, le savoir-faire des développeurs) et ceux qui, faisant partie du fonds commun de l'informatique, ne peuvent fonder une action en contrefaçon de logiciel. Seront ainsi exclus le langage de programmation,

les contraintes techniques, les contraintes métier, les usages de la profession et l'état de l'art, lesquels ne laissent intrinsèquement pas de place à la création et ne sont pas appropriables. Devront également être identifiés puis exclus les éléments du domaine public et les créations antérieures, en ce compris les logiciels libres, intégrés dans le logiciel dont la protection est revendiquée. S'ils ne peuvent être considérés comme faisant partie d'un fonds commun de l'informatique en tant que tel, les éléments préexistants ne sont pas appropriables par l'auteur du logiciel et ne peuvent fonder une action en contrefaçon de logiciel (sauf à ce que le demandeur à l'action en contrefaçon ait bénéficié d'un transfert à titre exclusif des droits patrimoniaux sur ces éléments et en soit titulaire des droits). Dans un deuxième temps, il appartiendra au demandeur, qui revendique des droits d'auteur sur le logiciel, d'apporter la preuve de son effort personnel. Le tribunal de grande instance de Paris rappelle aux demandeurs que, s'agissant d'une démonstration liée à la démarche même du développeur et non plus à une analyse objective, il leur appartient de le faire eux-mêmes, « éventuellement avec l'aide d'un expert amiable »<sup>17</sup>. L'expert judiciaire, sans porter d'appréciation juridique sur l'originalité, qui est un concept juridique et non technique, établira à destination du juge la pertinence des éléments qui lui sont présentés par le demandeur.

Ce n'est qu'à l'issue de cette première phase, qu'une seconde permettra d'identifier s'il existe des identités ou similarités entre les deux logiciels, l'initial et celui argué de contrefaçon. Cette approche permet au défendeur de ne pas dévoiler son logiciel avant que l'expert se soit assuré que l'action intentée n'est pas vaine.

### Et le parasitisme ?

Le développeur de logiciel qui ne bénéficierait pas d'une protection par le droit d'auteur, faute de démontrer sa titularité de droits sur des éléments logiciels originaux, n'est pas privé pour autant de toute protection. Souvent sont confondus le mérite et la qualité d'auteur. L'auteur est une qualification juridique, spécifique au code de la propriété intellectuelle. Le défaut de qualité d'auteur n'est pas exclusif de protection et le développeur de logiciel pourra, lorsqu'il échoue à démontrer l'originalité de son logiciel, invoquer la responsabilité civile

de droit commun et l'article 1240 du code civil. L'appropriation de son travail sera alors sanctionnée, dès lors qu'il démontre une faute, un préjudice et un lien causal entre la faute et le préjudice. S'il invoque devant les juges du fond, au principal ou à titre subsidiaire de la contrefaçon, une appropriation fautive de son travail sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun, un expert pourrait intervenir pour déterminer si l'appropriation est induite par les ressemblances invoquées entre les logiciels. Ceci ne doit néanmoins pas avoir pour finalité de permettre à un concurrent indélicat d'obtenir des informations stratégiques sur un logiciel concurrent de ses produits.

### Marie SOULEZ

Avocate à la cour d'appel de Paris, directrice du département Propriété intellectuelle Contentieux du cabinet Alain Bensoussan Avocats Lexing

### Notes

(1) Cass. com, 23 octobre 1990, pourvoi n° 89-10586

(2) Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique J.O du 17-1-1982

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 décembre 2005, Bull. I n° 499. Déjà jugé en 1995 que les fonctionnalités en tant que telles ne sont pas protégeables (TGI Paris 3 octobre 1995, Gaz. Pal. 1996 som. p. 117 ; JCP E 1996, Pan. 559, obs. Vivant et Le Stanc TGI Paris, 4 octobre 1995, Gaz. Pal. 1996 I som. p. 117, note A. Cousin ; TGI Paris 4 octobre 1995, Gaz. Pal. 1996 I som. p. 117, note A. Cousin

(4) CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10 SAS Institute c/ WPS

(5) CA Paris ch. acc. 23 janvier 1995 : PIBD 1995 no 588 III p. 278

(6) CA Paris, Pôle 5 chambre 2, 20 décembre 2013, RG 12/20260

(7) Cass. Ass. Plen. 7 mars 1986 n° 83-10477

(8) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 octobre 2012, n° 11-21641

(9) CA Paris, Pôle 5 Chambre 1, 24 novembre 2015, RG 13-24577

(10) Ibid.

(11) TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch 1<sup>re</sup> section, 2 juillet 2015, 12/08204.

(12) TGI Paris, 20 juin 2000, PIBD 2001, n°712, III, p. 47

(13) Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2001: BC I, no 191.

(14) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 juillet 1985, n° 84-13300

(15) C. proc. Civ. art. 238.

(16) C. proc. Civ. art. 246.

(17) TGI Paris, 3<sup>e</sup> chambre 1<sup>re</sup> section, 2 juillet 2015, 12/08204.