

de signes aussi proches, dont seul l'élément distinctif sera retenu par le consommateur, pour des activités identiques, aboutit à priver le droit de marque de sa portée. Soit l'exploitation exclusivement locale de la marque doit être considérée comme ne permettant pas un usage sérieux dans la vie des affaires (mais ce n'est pas le sens de la jurisprudence de la CJUE qui prend notamment en compte, à raison, la communication en ligne) et il faut écarter la validité du droit, soit il faut retenir une contrefaçon et

revoir la mise en œuvre des critères de comparaison sous peine d'épuiser l'intérêt d'enregistrer une marque. L'opérateur économique ne recherche pas un symbole dans son patrimoine, il recherche un outil, un actif lui apportant un avantage compétitif.

Nicolas BINCTIN

JurisClasseur : Marques – Dessins et modèles, fasc. 7513 : Contrefaçon de marque. – Usage illicite de marque, par J. Canlorbe

PROTECTIONS DIVERSES, CONCURRENCE DÉLOYALE, PARASITISME



Jacques LARRIEU,
professeur émérite,
université Toulouse 1 Capitole-CDA



Nicolas BOUCHE,
maître de conférences
à l'université Jean Moulin - Lyon 3,
avocat au barreau de Lyon,
cabinet Bremens

LOGICIELS. JEUX VIDÉO

82 Jeux vidéo et logiciels de triche : les limites de la protection par le droit d'auteur

Solution. – Les modifications provoquées par un « logiciel de triche » du contenu des données variables insérées par un programme d'ordinateur de jeu vidéo dans la mémoire vive d'un ordinateur n'entrent pas dans le périmètre de protection du droit d'auteur spécial. Ce contenu n'est pas couvert par le droit d'auteur car il ne permet pas la reproduction ou la réalisation ultérieure d'un tel programme.

Portée. – La solution ne remet pas en cause la protection juridique des jeux vidéo en tant que tels. Elle ne concerne que la partie logicielle de l'œuvre multimédia.

CJUE, ch. 1, 17 oct. 2024, aff. C-159/23, Sony Computer Entertainment Europe c/ Datel Design and Development Ltd, Datel Direct Ltd, JS

[...] L'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, doit être interprété en ce sens que : ne relève pas de la protection conférée par cette directive le contenu des données variables insérées par un programme d'ordinateur protégé dans la mémoire vive d'un ordinateur et utilisées par ce programme au cours de son exécution, dans la mesure où ce contenu ne permet pas la reproduction ou la réalisation ultérieure d'un tel programme.

NOTE : L'immense succès commercial – auquel l'auteur de ces lignes avoue avoir très peu contribué – des consoles de jeux PlayStation commercialisées par Sony a engendré un écosystème, un marché dérivé, dans lequel des entreprises tierces proposent des périphériques et des services compatibles (jeux vidéo, logiciels). Si nombre de fabricants de ces produits et services dérivés agissent de concert avec le producteur de la console et bénéficient d'une licence officielle accordée par Sony, il n'en va pas de même pour certains autres. Le constructeur japonais a tenté de faire obstacle à la diffusion de ces accessoires non officiels dont il n'a pas la maîtrise. Ainsi, récemment, l'Autorité de la concurrence a été saisie par un fabricant de manettes de jeu non

couvertes par une licence. Sony avait introduit des contre-mesures techniques visant à déconnecter de la console de jeux PS4 les manettes non produites ou non licenciées par elle. L'installation par Sony de ces protections techniques destinées à nuire à l'interopérabilité des manettes commercialisées par les fabricants non licenciés a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence pour abus de position dominante (*Aut. conc.*, déc. n° 23-D-14, 20 déc. 2023, relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et des accessoires de contrôle compatibles avec la console PlayStation4. – S. Merabet, *Un an de droit du jeu vidéo : Comm. com. électr.* 2024, *chron.* 10. – *Sur les enjeux actuels du développement du cloud gaming : J.-Ch. Roda, Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique : Comm. com. électr.* 2023, *chron.* 15, § 12 et s.). Le rejet par Sony des accessoires non officiels s'est encore manifesté dans une autre affaire dont la CJUE a eu à connaître par une double question préjudicielle posée par la Cour fédérale de justice allemande (CJUE, ch. 1, 17 oct. 2024, aff. C-159/23, *Sony Computer Entertainment Europe*). Étaient en cause la console PlayStation Portable et le jeu « *MotorStorm : Artic Edge* » produits par Sony. L'entreprise Datel proposait, sans l'accord de Sony, des logiciels compatibles avec la console PlayStation qui offraient « à l'utilisateur des options de jeu non prévues à ce stade du jeu par Sony ». Sony avait assigné Datel en contrefaçon de ses droits d'auteur sur les logiciels qui commandent son jeu, notamment pour atteinte au droit exclusif de transformation du programme prévu à l'article 4, paragraphe 1 de la directive 2009/24 sur le droit d'auteur spécial sur les logiciels (*PE et Cons. UE, dir.* 2009/24/CE, 23 avr. 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur).

Faits. – Le logiciel proposé par Datel, le « *Action Replay PSP* », était destiné aux joueurs qui voulaient se soustraire à certaines contraintes imposées par les règles du jeu de Sony. Une aide à la triche en quelque sorte (« *cheat software* »), transformant « l'expérience de jeu » voulue par le programmeur. Une fois chargé sur la console PSP, le logiciel permettait d'apporter des modifications au jeu « *MotorStorm : Artic Edge* » et de supprimer les restrictions voulues par Sony à l'usage du mode « *booster* » ou au choix des conducteurs, de les utiliser donc sans avoir atteint le nombre de points voulu (*concl. Av. gén. Maciej Szpunar ss CJUE*, 25 avr. 2024, aff. C-159/23, pt 18). Pour parvenir à ce résultat, est-il expliqué dans l'arrêt, le logiciel de Datel modifiait la valeur des « variables » enregistrées par le programme de Sony dans la mémoire vive de l'ordinateur. La variable est « un emplacement dans la mémoire de

l'ordinateur dans lequel des informations, autrement dit des données, sont insérées pendant l'exécution d'un programme d'ordinateur et auquel ce programme peut accéder afin d'utiliser ces informations dans la réalisation de ses tâches ». L'information en question est appelée « valeur » de la variable. Les paramètres de la variable (nom, type de données, emplacement dans la mémoire) sont déterminés par le code du programme. Contrairement aux paramètres, la valeur de la variable peut changer en cours d'exécution du programme, sous l'action du joueur notamment.

Sony soutenait que la modification du « contenu des variables » de son programme constituait une atteinte à son droit d'auteur sur le programme. Elle demandait la cessation de la commercialisation des appareils et logiciels distribués par Datel et la réparation de son préjudice. Cette prétention était-elle fondée ? Telle était la question qui était posée à la CJUE.

Périmètre du droit d'auteur spécial. – La directive 2009/24/CE dispose dans son article 1^{er} que les programmes d'ordinateur sont protégés « par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires », ajoutant que la protection s'applique « à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur » (C. Le Stanc : JCl. Brevets, fasc. 4220 : Exclusions de brevetabilité. – Règles relatives au logiciel, § 9 et s. – S. Carre et F. Macrez : JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1250 : Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Logiciel, § 9). Le paragraphe 3 du même article précise : « 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. »

Comme le souligne l'Avocat général Szpunar (CJUE, 25 avr. 2024, aff. C-159/23, pts 39-40), l'expression de la création intellectuelle de l'auteur d'une œuvre littéraire se reflète dans le texte qui, dans le cas du programme d'ordinateur, est représenté par son code (code source et code objet). La protection du programme par le droit d'auteur spécial est donc exclusivement réservée à l'expression littérale de celui-ci sous forme de code. Or, les variables sont externes au code. Elles sont générées par l'exécution du programme de manière provisoire et passagère. Le logiciel de Datel, quand il est inséré par l'utilisateur, ne modifie ni ne reproduit le code du programme Sony, pas plus que sa structure interne et son organisation.

De plus et surtout, les « formes d'expression » qui sont couvertes par le droit d'auteur sont celles qui permettent de reproduire le programme dans différents langages informatiques selon la jurisprudence de la Cour (CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-393/09, BSA, pts 35, 41 et 42 : Propr. industr. 2011, comm. 37, nos obs. ; Comm. com. électr. 2011, comm. 42, note C. Caron). Le code source et le code objet donc. Les fonctionnalités et l'interface utilisateur sont exclus car ils ne permettent pas cette reproduction. Quant aux travaux préparatoires de conception, ils sont couverts « à condition toutefois qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un tel programme à un stade ultérieur » (CJUE, ch. 1, 17 oct. 2024, aff. C-159/23, pt 43). L'application du principe aux valeurs des variables conduit à les exclure du périmètre de protection par le droit d'auteur, car elles ne font pas partie des éléments qui permettent de reproduire, totalement ou partiellement, le programme (CJUE, ch. 1, 17 oct. 2024, aff. C-159/23, pt 52). La CJUE le souligne : « il apparaît que le logiciel de Datel, en ce qu'il modifie uniquement le contenu des variables insérées par un programme d'ordinateur protégé dans la mémoire vive d'un ordinateur et utilisées par ce programme au cours de son exécution, ne permet pas, en tant que tel, de reproduire ce programme ni une partie de celui-ci » (CJUE,

ch. 1, 17 oct. 2024, aff. C-159/23, pt 51). En l'occurrence, les modifications apportées aux variables par le logiciel de Datel n'entrent pas dans le champ d'application de la protection d'un programme d'ordinateur et ne portent donc pas atteinte au droit exclusif de transformation des éléments protégés du programme (PE et Cons. UE, dir. 2009/24/CE, 23 avr. 2009, art. 4, § 1, b). Bref, le droit d'auteur spécial n'autorise pas Sony à s'opposer aux interventions de Datel sur ses jeux vidéo.

Autres pistes ? – L'action de Sony pouvait-elle avoir plus de succès si elle s'était fondée sur d'autres règles de droit ? Le fabricant de la PlayStation invoquait des atteintes à « l'expérience du jeu créée par le programme », au « déroulement du programme », à la « réalisation de la forme d'expression ». Ces expressions évoquent des atteintes au droit moral et au droit commun du droit d'auteur, un droit d'auteur dont l'objet serait « l'expérience de jeu », voire le scénario du jeu vidéo. Mais « l'expérience de jeu voulue par le programmeur » s'identifie aux idées qui sont à la base du programme, idées non susceptibles de protection (concl. Av. gén. Maciej Szpunar ss CJUE, 25 avr. 2024, aff. C-159/23, pt 54), et il serait paradoxal de prétendre protéger le déroulement des séquences d'un jeu par essence interactif (V. cependant les explications lumineuses et les nombreuses pistes de solution présentées par J. Groffe-Charrier, L'arrêt Sony c/ Datel : pas de contrefaçon pour le programme permettant de tricher dans un jeu vidéo : Dalloz actualité, 24 oct. 2024).

Et la concurrence déloyale ? Quand Sony dénonce le fait que le programme de Datel « se greffe sur celui de Sony de manière parasitaire », l'allusion aux mécanismes de la concurrence déloyale et parasitaire est sans équivoque (concl. Av. gén. Maciej Szpunar ss CJUE, 25 avr. 2024, aff. C-159/23, pt 58). La concurrence déloyale fondée sur le risque de confusion paraît de faible secours, car le joueur qui acquiert un « logiciel de triche » sait pertinemment que celui-ci n'est pas distribué officiellement par Sony. Quant au parasitisme, « il appartient à celui qui se prétend victime d'actes de parasitisme d'identifier la valeur économique individualisée qu'il invoque » (Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647, sté Decathlon c/ Sté Intersport France : JurisData n° 2024-009892 ; Propr. industr. 2024, comm. 64, nos obs.). « L'expérience de jeu » (« gameplay »), combinaison des structures d'un jeu (« jouabilité ») et de leur appropriation par le joueur, est le résultat singulier d'un travail de conception spécialisé qui suppose des investissements matériels et humains conséquents, résultat qui bénéficie d'une réputation auprès de la communauté des joueurs. La création d'un certain univers de jeu pourrait être reconnue en tant que « valeur économique identifiée et individualisée ». Elle n'a sans doute pas été détournée en tant que telle du fait que le logiciel de Datel permet de contourner certaines règles de jeu. Le prétendu parasite n'a pas cherché à s'emparer de cet univers pour créer un jeu concurrent. Mais il pourrait être soutenu que l'auteur du logiciel de triche ne doit sa prospérité commerciale qu'à l'exploitation du succès du jeu « MotorStorm : Artic Edge ». Il profiterait sans bourse délier des importants investissements réalisés en amont par Sony. Ce qui pourrait évoquer le parasitisme. Mais, ce faisant, il fait le bonheur des gamers... Ne va-t-on pas, en admettant l'application de la théorie du parasitisme, élever artificiellement des barrières à l'entrée et freiner l'entrée et le développement sur le marché des logiciels de jeu des tiers ne disposant pas de licence officielle (Aut. conc., déc. n° 23-D-14, 20 déc. 2023, § 203) ? Le petit droit de la concurrence évinçant le grand droit de la concurrence. Jacques LARRIEU

JurisClasseur : Propriété littéraire et artistique, fasc. 1160 : Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Logiciels (CPI, art. L. 112-2)