

Version anonymisée

Traduction

C-159/23-1

Affaire C-159/23

Renvoi préjudiciel

Date de dépôt :

15 mars 2023

Jurisdiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

23 février 2023

Partie requérante et requérante en « Revision » :

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Parties défenderesses :

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

BUNDESGERICHTSHOF
(COUR FÉDÉRALE DE JUSTICE)

DÉCISION

[OMISSIS]

[OMISSIS]

dans le litige opposant

Sony Computer Entertainment Europe Ltd., [OMISSIS] Londres, Royaume-Uni,

FR

Partie requérante et requérante en « Revision »,

[OMISSIS]

à

1. Datel Design and Development Ltd., [OMISSIS] Stone, Staffordshire, Royaume-Uni,
2. Datel Direct Ltd., [OMISSIS] Stone, Staffordshire, Royaume-Uni,
3. JS, [OMISSIS] Stone, Staffordshire, Royaume-Uni,

Parties défenderesses et défenderesses en « Revision »,

[OMISSIS]

À la suite de l'audience du 27 octobre 2022 [données relatives à la composition de la formation de jugement], la 1^{ère} chambre civile du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) a rendu la décision suivante :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») est saisie d'une demande de décision préjudicielle relative aux questions suivantes portant sur l'interprétation de l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, et de l'article 4, sous b), de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO 2009, L 111, p. 16) (ci-après la directive 2009/24) :
 1. Y a-t-il une atteinte au champ d'application de la protection d'un programme d'ordinateur en vertu de l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/24 lorsque le code objet ou le code source d'un programme d'ordinateur ou sa reproduction n'est pas modifié, mais qu'un autre programme fonctionnant en même temps que le programme d'ordinateur protégé modifie le contenu des variables que le programme d'ordinateur protégé a insérées dans la mémoire vive et qu'il utilise au cours de l'exécution de ce programme ?
 2. Y a-t-il une transformation, au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24, lorsque le code objet ou le code source d'un programme d'ordinateur ou sa reproduction n'est pas modifié, mais qu'un autre programme fonctionnant en même temps que le programme d'ordinateur protégé modifie le contenu de variables que le programme d'ordinateur protégé a transféré dans la mémoire vive et qu'il utilise au cours de l'exécution de ce programme ?

Motifs :

- 1 A. La requérante commercialise, en tant que preneur de licence exclusive pour l'ensemble de l'Europe, des consoles de jeux PlayStation, en particulier la PlayStation Portable (PSP), commercialisée jusqu'en 2014, ainsi que des jeux destinés à ces consoles (ci-après les « jeux, logiciels ou programmes informatiques de la requérante »), parmi lesquels le jeu « MotorStorm : Arctic Edge ». Les première et deuxième défenderesses font partie du groupe de sociétés de Datel Holdings Group qui développe, produit et distribue des logiciels, notamment des produits complémentaires aux consoles de jeux de la requérante, dont le logiciel « Action Replay PSP » ainsi que, sous le nom de « Tilt FX », une unité d'entrée supplémentaire pour la console de jeux PlayStation Portable, accompagnée d'un logiciel. L'appareil « Tilt FX » permet la commande de la console de jeux par mouvement dans l'espace. La première défenderesse a développé les logiciels « Action Replay PSP » et « Tilt FX ». La deuxième défenderesse a commercialisé ces logiciels. Le troisième défendeur est le « director » de la deuxième défenderesse.
- 2 Les logiciels des parties défenderesses fonctionnent exclusivement avec les jeux originaux de la requérante. L'exécution du logiciel des parties défenderesses s'effectue en connectant la PSP à un PC et en introduisant dans la PSP une clé USB qui charge le logiciel des parties défenderesses. Après le redémarrage de la PSP, l'utilisateur peut sélectionner sur la console de jeux un onglet supplémentaire « Action Replay » permettant d'apporter des modifications aux différents jeux de la requérante. Parmi ces modifications figurent, par exemple, dans le cas du jeu « MotorStorm : Arctic Edge », les options « Infinite Turbo » et « All Drivers available », qui ont pour effet de supprimer toute restriction future dans l'utilisation du « turbo » (« Booster ») ou de ne pas disposer seulement d'une partie des conducteurs, mais également de la partie d'entre eux qui, autrement, ne serait activée qu'une fois atteints certains nombres de points (scores).
- 3 Avec le logiciel « Tilt FX », le client reçoit un capteur qui est connecté au raccordement du casque de la PSP et permet la commande de la PSP grâce aux mouvements de la console de jeux dans l'espace. Une clé USB doit également être introduite dans la PSP afin de préparer l'intervention du capteur de mouvement, ce qui rend disponible, dans le menu, un onglet supplémentaire « Tilt FX » offrant une sélection de jeux. Là encore, le produit litigieux permet, en cours de jeu, de consulter, par une combinaison de touches, un menu supplémentaire qui n'est pas prévu dans le jeu d'origine. La sélection de l'option « FX » dans ce menu fait disparaître certaines restrictions. Cela permet une utilisation illimitée du turbo, par exemple pour le jeu « MotorStorm : Arctic Edge ».
- 4 La requérante fait valoir que, au moyen des produits logiciels litigieux des défendeurs, les utilisateurs transforment, de manière illicite au regard du droit d'auteur, le logiciel qui sous-tend leurs jeux. Les parties défenderesses en seraient responsables. À titre subsidiaire, la requérante fait valoir des droits tirés du droit de la concurrence et se fonde, à titre encore plus subsidiaire, sur le droit de la responsabilité délictuelle sous l'angle de l'atteinte à son droit de créer et d'exploiter une entreprise.

5 En première instance, la requérante a conclu en dernier lieu à ce qu'il plaise au Tribunal :

1. condamner les parties défenderesses, sous peine de mesures d'astreinte, à cesser, en République fédérale d'Allemagne,
 1. de proposer, de vendre, de diffuser et/ou de faire proposer, de faire vendre ou de faire diffuser le logiciel Action Replay PSP, susceptible d'être utilisé sur les variantes de matériel informatique PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 et PSP Go, qui permet à l'utilisateur une intervention dans des jeux exécutés sur la console de jeu Playstation Portable, laquelle intervention permet ou facilite la transformation des jeux en modifiant le logiciel de jeu ;
 2. de proposer, de vendre, de diffuser et/ou de faire proposer, de faire vendre ou de faire diffuser le logiciel Tilt FX, associé à un capteur de mouvement, susceptible d'être utilisé sur les variantes de matériel informatiques PSP 1000, PSP 2000 et PSP 3000, qui permet à l'utilisateur de réaliser une intervention dans des jeux exécutés sur la console de jeu Playstation Portable, laquelle intervention permet ou facilite la transformation des jeux en modifiant le logiciel de jeu ;
 3. ainsi que de proposer le téléchargement d'un logiciel tel que décrit sous a) et b) et/ou des licences et/ou des mise à jour d'un tel logiciel ;
2. condamner les parties défenderesses à fournir à la partie requérante, en indiquant le nom et l'adresse des fabricants, des fournisseurs et des autres détenteurs antérieurs, des clients industriels et des commanditaires ainsi que la quantité et le prix des produits fabriqués, livrés, reçus et commandés, et en présentant les pièces justificatives correspondantes (offres, factures, bons de livraison et documents douaniers), des informations sur l'origine et le circuit de distribution des produits vendus en Allemagne dans une liste ordonnée chronologiquement, conformément au point I., et ce à compter de janvier 2008 ;
3. constater que les parties défenderesses sont tenues solidairement d'indemniser la requérante de tout préjudice qu'elle a subi et subit encore du fait que les parties défenderesses commettent et ont déjà commis les actes décrits au point I.

6 À titre subsidiaire, en ce qui concerne la première défenderesse, la requérante a demandé au Tribunal de lui interdire de soutenir les actes visés dans la demande principale sous le point I. À titre encore plus subsidiaire, la requérante a demandé que les parties défenderesses soient condamnées à s'abstenir de permettre ou de

faciliter le contournement des mesures de protection contre la copie de la console de jeux.

- 7 Le Landgericht [Hamburg] (tribunal régional de Hambourg, Allemagne), par jugement du 24 janvier 2012 (310 0 199/10, juris), a condamné les deuxième et troisième parties défenderesse conformément aux demandes principales et la première défenderesse simplement à cesser ses agissements conformément à la première demande subsidiaire. Pour le surplus, il a rejeté le recours. Les parties requérante et défenderesses ont fait appel du jugement.
- 8 En appel, la requérante a maintenu ses conclusions sous les points I. et III. en ce qui concerne les deuxième et troisième parties défenderesses et a conclu en outre à ce qu'il plaise à la juridiction d'appel :
1. condamner la première défenderesse, sous peine de mesures d'astreinte, à s'abstenir, en République fédérale d'Allemagne,
 - de proposer, de vendre, de diffuser et/ou de faire proposer, faire vendre ou faire diffuser le logiciel Action Replay PSP susceptible d'être utilisé sur les variantes de matériel informatique PSP 1000, 2000, 3000 et PSP GO, ainsi que le logiciel TiltFX associé à un capteur de mouvement, qui permet à l'utilisateur de réaliser une intervention dans des jeux exécutés sur la console de jeu PlayStationPortable, permettant ou facilitant leur transformation en modifiant le logiciel de jeu, ou de proposer le téléchargement de mises à jour d'un tel logiciel ;
 2. condamner les première, deuxième et troisième parties défenderesses, à informer la requérante de la mesure dans laquelle elles ont commis les actes visés au point I, et ce en produisant une liste indiquant :
 1. Les noms et adresses des producteurs, des fournisseurs et d'autres détenteurs antérieurs ;
 2. Les quantités à livrer, les désignations de type, les numéros d'articles, les délais de livraison et les prix de livraison,
 3. Le coût de revient, y compris tous les facteurs de coût, ainsi que le bénéfice réalisé,
 4. Les offres individuelles, en précisant les quantités offertes, les désignations de type, les numéros d'articles, les dates d'offre et le prix de l'offre ;
 5. La nature et l'étendue de la publicité effectuée, ventilée par support publicitaire, tirage, durée de diffusion et aire de diffusion, ainsi que

6. Les noms et adresses des clients industriels et des destinataires professionnels des offres ;
3. constater que la première défenderesse, conjointement et solidairement avec les deuxième et troisième parties défenderesse, est tenue d'indemniser la requérante de tout préjudice qu'elle a subi et subira du fait que la première défenderesse commet et a déjà commis les actes décrits au point I.
- 9 La juridiction d'appel, [l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg, Allemagne)] (OLG Hamburg, GRUR 2022, 483) a rejeté l'appel de la requérante et a, sur appel des parties défenderesse, réformé le jugement du Landgericht (tribunal régional) et rejeté le recours dans son intégralité.
- 10 Par son pourvoi en « Revision », autorisé par la juridiction d'appel et dont les parties défenderesses demandent le rejet, la requérante maintient ses conclusions présentées en appel.
- 11 B. Le succès du pourvoi en « Revision » dépend de l'interprétation de l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, et de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Avant de statuer sur le pourvois en « Revision », il convient donc de sursoir à statuer dans la présente procédure et de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle conformément à l'article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, TFUE.
- 12 I. La juridiction d'appel a considéré que le recours fondé sur l'atteinte au droit d'auteur était recevable, mais non fondé. À cet égard, elle a fait, en substance, les constatations suivantes :
- 13 La requérante ne disposent pas de droits d'agir en cessation au titre de l'article 97, paragraphe 1, première phrase, et de l'article 69c, point 2, du Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, ci-après l'« UrhG »). L'utilisation du logiciel des défenderesses n'entraîne pas de transformation des programmes d'ordinateur sous-jacents aux jeux originaux de la requérante. Il est vrai que les jeux de la requérante satisfont aux conditions d'un programme d'ordinateur conformément à l'article 69a de l'UrhG. Toutefois, l'objet de la protection d'un programme d'ordinateur par le droit d'auteur en vertu des articles 69a et 69c de l'UrhG porte sur les données des codes objet et des codes source relatives au programme d'ordinateur, ainsi que sur la structure interne et l'organisation du programme d'ordinateur, et non sur son exécution conforme au programme. Le logiciel des parties défenderesses ne modifie ni les programmes d'ordinateur eux-mêmes ni les copies de programmes téléchargées dans la mémoire vive de la PSP, mais ses instructions parallèles ne font que modifier les données variables insérées par le jeu informatique dans la mémoire vive et provoquent ainsi une modification de l'issue du jeu. Les instructions initiales du jeu informatique protégé sont restées à tout moment actives et leur structure interne est restée intacte. L'approche

fonctionnelle défendue par la requérante, selon laquelle, indépendamment de l'incidence sur le code du programme ou de sa reproduction modifiée, il y a lieu de considérer qu'il y a une transformation même lorsqu'il est porté atteinte à l'exécution du programme d'une autre manière, est incompatible avec l'objet de la protection d'un programme d'ordinateur en vertu de l'article 69a de l'UrhG. L'exécution programmée d'un programme d'ordinateur ne fait pas partie du champ d'application de la protection par le droit d'auteur et n'est donc pas couverte par le droit exclusif de transformation prévu à l'article 69c, point 2, de l'UrhG. L'auteur d'un programme d'ordinateur ne dispose d'aucun droit, dérivé des articles 69a et 69c de l'UrhG, à ce que son programme ne soit utilisé que de la manière qu'il a initialement prévue dans l'exécution chronologique, aussi longtemps que, comme en l'espèce, le jeu est exécuté conformément au programme, y compris en cas d'intervention de tiers, et que les différentes situations de jeu sont prévues par le logiciel de jeu lui-même.

- 14 II. Le succès du pourvoi en « Revision » dépend, en ce qui concerne les demandes principales de la requérante, du point de savoir si l'utilisation du logiciel des parties défenderesses porte atteinte au droit exclusif de transformation d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 69c, point 2, de l'UrhG, invoqué par la requérante. L'application de cette disposition soulève des questions d'interprétation de l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, et de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24. Ces questions sont pertinentes pour la solution du litige, étant donné que les conclusions de la requête ne sont pas déjà, pour d'autres raisons, irrecevables, fondées ou non fondées.
- 15 1. En l'occurrence, des questions se posent quant à l'objet (étendue) de la protection d'un programme d'ordinateur (article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/24) et sur la notion de transformation d'un tel programme (article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24).
- 16 La requérante fait grief d'une violation de son droit exclusif de transformation du programme d'ordinateur conformément à l'article 69c, point 2, de l'UrhG. L'article 69c, point 2, première phrase, de l'UrhG accorde au titulaire le droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme d'ordinateur ainsi que la reproduction du résultat obtenu. La notion de programme d'ordinateur est précisée à l'article 69a, paragraphe 1, de l'UrhG. Selon cette disposition, les programmes d'ordinateur au sens de la loi sur le droit d'auteur sont des programmes sous quelque forme que ce soit, y compris le matériel de conception préparatoire. Conformément à l'article 69a, paragraphe 2, première phrase, de l'UrhG, la protection accordée s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur. Les idées et les principes qui sont à la base d'un élément d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés en vertu de l'article 69a, paragraphe 2, deuxième phrase, de l'UrhG. L'article 69a, paragraphes 1 et 2, de l'UrhG transpose l'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la directive 2009/24 ; l'article 69c, point 2, de l'UrhG transpose en droit allemand l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24. Les deux dispositions de

l'UrhG doivent donc faire l'objet d'une interprétation conforme au droit de l'Union eu égard auxdites dispositions de la directive. Deux questions d'interprétation se posent à cet égard.

- 17 2. La question qui se pose tout d'abord est celle de savoir si l'utilisation du logiciel des parties défenderesses, contestée par la requérante, affecte le champ d'application de la protection du programme d'ordinateur. Il est douteux qu'il y ait lieu d'interpréter l'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la directive 2009/24 en ce sens qu'il est porté atteinte au champ d'application de la protection d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/24 lorsqu'il n'y a pas de modification du code objet ou du code source d'un programme d'ordinateur ou de sa reproduction, mais qu'un autre programme d'ordinateur, exécuté en même temps que le programme d'ordinateur protégé, modifie le contenu de variables que le programme d'ordinateur protégé a insérées dans la mémoire vive et qu'il utilise au cours de l'exécution de ce programme (première question préjudicielle).
- 18 a) Selon les constatations de la juridiction d'appel qui n'ont pas été contestées par [la requérante au] pourvoi en « Revision », les produits logiciels des défenderesses produisent leurs effets en laissant intact le chargement du programme dans la mémoire vive, mais affecte l'exécution des programmes en modifiant des variables appartenant en principe au jeu. Seules sont modifiées les données (variables) que le logiciel de jeu insère lors de son exécution dans la mémoire vive, et non les instructions dans la mémoire vive elles-mêmes. Les produits logiciels des parties défenderesses n'ont aucune incidence sur les instructions de programmes du logiciel de jeu de la requérante. Celles-ci demeurent à tout moment actives et leur structure interne reste constamment immuable. Seules les données générées par le jeu en usage dans la mémoire vive sont modifiées. Cela a pour conséquence que les instructions du jeu sont exécutées sur la base de valeurs différentes de celles qui auraient été générées en cas d'exécution régulière du jeu à ce moment. Or, les valeurs elles-mêmes sont connues du jeu. Même en utilisant le logiciel des parties défenderesses, les jeux se déroulent donc toujours conformément à leur programmation. Toutefois, les produits logiciels des défenderesses remplacent, dans la mémoire vive, certaines données générées dans le jeu (par exemple la consommation du turbo) par des valeurs que le jeu lui-même connaît et peut interpréter. Le programme se voit donc attribuer un état qui peut certes se produire dans le cadre de l'exploitation normale du jeu et qui est donc immanente au programme, mais qui n'interviendrait précisément pas au niveau du score du jeu en question. Par exemple, le logiciel des parties défenderesses n'ajoute pas au jeu une commande provoquant une « conflit avec une bande », mais a uniquement une incidence sur le moment et la fréquence auxquels le jeu exécute également cette commande initialement incluse dans le programme.
- 19 Le mode d'action du logiciel des défenderesses se caractérise donc par le fait que celui-ci est installé par l'utilisateur sur la console de jeux parallèlement aux jeux informatiques de la requérante et s'exécutent en même temps que le logiciel de

jeu. Ce faisant, il ne modifie ni les données relatives au programme du code objet et du code source, ni la structure interne et l'organisation du logiciel de la requérante utilisé sur la PSP. En revanche, par l'intervention de l'utilisateur pendant l'exécution du jeu, le logiciel des parties défenderesses modifie le contenu des variables insérées par les jeux informatiques de la requérante dans la mémoire vive de la console de jeux et qu'ils utilisent lors leur exécution. Il en résulte que les jeux informatiques de la requérante s'exécutent sur la base de ces variables au contenu modifié.

- 20 L'élément déterminant en l'espèce est donc de savoir si le contenu des variables insérées et utilisées par le programme d'ordinateur dans la mémoire vive de la console de jeux relève encore du champ d'application de la protection du droit sur le programme d'ordinateur. À cet égard, il convient de tenir compte du fait que la catégorie respective des variables est bien prévue par le logiciel de jeu de la requérante et que seul le contenu des variables est modifié par l'intervention du logiciel des défenderesses au cours du jeu, ce qui modifie par exemple le moment ou bien la fréquence de l'exécution d'une commande dépendant de la valeur des variables. Dans ce contexte, la requérante n'a pas fait de l'objet d'une éventuelle modification de la reproduction du programme d'ordinateur dans la mémoire vive de PSP l'objet du litige, mais a uniquement contesté l'insertion de données variables dans la mémoire vive sous l'angle d'une transformation illicite.
- 21 b) Il n'est pas possible de répondre sans équivoque à la question de savoir si, du seul fait d'une telle interférence sur les données variables générées au cours du jeu dans la mémoire vive, il est porté atteinte à un programme d'ordinateur au sens du droit d'auteur.
- 22 aa) Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, première phrase, de la directive 2009/24 (voir article 69a, paragraphe 4, de l'UrhG), les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive 2009/24 et à l'article 69a, paragraphe 1, de l'UrhG, la notion de « programme d'ordinateur » comprend également le matériel de conception préparatoire. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2, première phrase, de la directive 2009/24 et de l'article 69a, paragraphe 2, première phrase, de l'UrhG, la protection accordée s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur. Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 2, deuxième phrase, de la directive 2009/24 et de l'article 69a, paragraphe 2, deuxième phrase, de l'UrhG, 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 l'article 1^{er}, paragraphe 3, première phrase, de la directive 2009/24 et de l'article 69a, paragraphe 3, première phrase, de l'UrhG, un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. En vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 3, deuxième phrase, de la directive 2009/24 et de l'article 69a,

paragraphe 3, deuxième phrase, de l’UrHG, aucun autre critère ne s’applique pour déterminer s’il peut bénéficier d’une protection.

- 23 La directive 2009/24 ne définit pas la notion « toute forme d’expression d’un programme d’ordinateur » au sens de l’article 1^{er}, paragraphe 2, première phrase, de la directive. Selon la jurisprudence de la Cour, cette notion doit donc être définie au regard du libellé de l’article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/24 ainsi qu’à la lumière des objectifs de la directive et du droit international (sur la disposition précédente de l’article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur, voir, [arrêt du 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, point 30]). En ce qui concerne l’interprétation d’une disposition du droit de l’Union, il convient de tenir compte non seulement de ses termes, mais également du contexte dans lequel elle s’inscrit et des objectifs que poursuit l’acte dont elle fait partie. La genèse d’une disposition du droit de l’Union peut également révéler des éléments pertinents pour son interprétation (jurisprudence constante, voir [arrêt du 13 octobre 2022, *Perfumesco.pl*, C-355/21, EU:C:2022:791, point 39 et jurisprudence citée]).
- 24 bb) Tant le libellé des dispositions de la directive 2009/24 qu’un examen rapide du contexte dans lequel elles s’inscrivent et de la genèse devraient plaider en faveur d’une interprétation de la notion de programme d’ordinateur qui se fonde sur le code source et le code objet en tant que formes d’expression de l’œuvre personnelle et façonnée de manière reconnaissable du développeur de programme (auteur) et qui ne couvre donc pas une simple interférence des données variables générées au cours d’un jeu dans la mémoire vive de l’ordinateur.
- 25 (1) Conformément au libellé de l’article 1^{er}, paragraphe 1, première phrase, de la directive 2009/24, les programmes d’ordinateur sont protégés par le droit d’auteur en tant qu’œuvres littéraires au sens de la convention de Berne. À cet égard, il convient de tenir compte du fait qu’un programme d’ordinateur est initialement rédigé sous la forme d’un « code source » dans un langage de programmation intelligible pour l’être humain, avant d’être transcrit sous une forme exécutable par un ordinateur, à savoir sous la forme d’un « code objet », au moyen d’un programme dédié appelé « compilateur » (voir [arrêt du 6 octobre 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, point 35]). L’article 10, paragraphe 1, des Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC) prévoit que les programmes d’ordinateur, qu’ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu’œuvres littéraires en vertu de la convention de Berne. Il en découle que le code source et le code objet d’un programme d’ordinateur sont des formes d’expression de celui-ci et relèvent, par conséquent, du champ d’application de la protection par le droit d’auteur sur les programmes d’ordinateur. L’objet de la protection créée par la directive 2009/24 concerne toutes les formes d’expression permettant de reproduire le programme d’ordinateur dans différents langages informatiques, tels que le code source et le code objet ([arrêts du 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, points 33 à 35, et du 6 octobre 2021, *Top System*,

- C-13/20, EU:C:2021:811, point 36]). Le considérant 15 de la directive 2009/24, selon lequel la reproduction, la traduction, l'adaptation ou la modification non autorisée de la « forme de code » d'une copie d'un programme d'ordinateur constitue une violation du droit de l'auteur, plaide également en faveur de cette interprétation.
- 26 (2) La genèse des dispositions du droit de l'Union relatives à la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur semble également faire ressortir une lecture fondamentalement axée sur l'incarnation du résultat du programme. Ainsi, dans le cadre des travaux préparatoires de la directive 91/250/CEE, qui a été remplacée par la directive 2009/24/CE, la Commission européenne a considéré qu'un programme d'ordinateur devait être compris comme un ensemble d'instructions ayant pour objet de permettre à un ordinateur d'accomplir une tâche ou une fonction particulière [Proposition d'une directive du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (présentée par la Commission), COM (88) 816 final, JO C 91/4, p. 5 et 9 ; voir également décision de la Commission du 24 mai 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE engagée contre Microsoft Corporation (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft), JO 2007, L 32, p. 23, point 21). Cela correspond à l'article 1^{er}, paragraphe 1, des règles types de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) relative à la protection des logiciels (reproduite dans GRUR Int. 1978, 286). Selon cette disposition, un programme d'ordinateur est une série d'instructions capables, une fois incorporées dans un support lisible par machine, d'obtenir qu'une machine dotée de capacités de traitement d'informations affiche, exécute ou réalise une fonction ou une tâche déterminée ou un résultat déterminé.
- 27 (3) Si l'on se fonde sur ces principes, il n'a pas été porté atteinte, en l'espèce, au champ de protection de l'article 1^{er} de la directive 2009/24. Il est vrai que la juridiction d'appel a constaté, sans que cela soit contesté par les parties, que le logiciel utilisé par la requérante dans le PSP remplissait les conditions d'un programme d'ordinateur. Toutefois, selon les constatations de la juridiction d'appel, le logiciel des parties défenderesses ne modifie ni les données du code objet et du code source relatives au programme, ni la structure et l'organisation internes des logiciels de jeux ou des logiciels de système d'exploitation des jeux commercialisés par la requérante.
- 28 (4) En revanche, la [requérante au pourvoi en « Revision »] estime que tant le libellé que la genèse de la directive 2009/24 plaident en faveur de l'inclusion des contenus des variables en cause chargés dans la mémoire vive dans le champ d'application de la protection du programme d'ordinateur au sens de l'article 1^{er} de la directive 2009/24. Il est douteux que cela puisse être accepté.
- 29 (a) La [requérante au pourvoi en « Revision »] fait valoir qu'il résulte de la définition du programme d'ordinateur, telle qu'elle figure à l'article 1^{er}, paragraphe 1, des règles types de l'OMPI, à savoir une série d'instructions capables, une fois incorporées dans un support lisible par machine, d'obtenir

qu'une machine dotée de capacités de traitement d'informations affiche, exécute ou réalise une fonction ou une tâche déterminée ou un résultat déterminé d'une machine ayant des capacités de traitement d'informations, qu'une finalité des structures de programmation de gestion est déterminante. C'est pourquoi la notion de programme d'ordinateur couvrirait également l'intégralité des parties du processus de commande qui contribuent à l'obtention de résultats prévus ou à ce que certaines fonctionnalités soient rendues possibles. En l'espèce, la mission des jeux informatiques litigieux serait d'obtenir, à l'aide d'un déroulement dynamique du jeu, une expérience de jeu divertissante et constitutive d'un défi. Ce déroulement dynamique du jeu serait le résultat de l'interaction entre les instructions du programme et les données variables qui influencent les instructions. Le déroulement des jeux dépendrait des données variables insérées dans la mémoire vive, lesquelles sont soumises, selon le déroulement du jeu, à une modification permanente par le logiciel des jeux. Ainsi, le déroulement du programme dépendrait précisément de la génération, au cours du jeu, de certains paramètres réutilisés ultérieurement conformément au programme. Afin d'obtenir un résultat concrètement défini par l'auteur (par exemple, l'utilisation maximale d'un « turbo ») en tant que produit de ce processus dynamique, il serait impératif de recourir aux variables qui, conformément à la volonté de l'auteur, ont été insérées dans la mémoire vive précisément à cet effet. C'est la raison pour laquelle les valeurs déposées dans la mémoire vive ne constitueraient nullement des produits fortuits et techniquement inévitables du déroulement du jeu. Au contraire, le programme ne pourrait se dérouler de la manière planifiée qu'en recourant aux variables. Celles-ci seraient, dans un premier temps, générées et entreposées dans la mémoire vive puis, dans un second temps, récupérées afin d'influer sur l'exécution ultérieure du programme. L'objectif assigné au programme, à savoir [procurer] une expérience de jeu donnée, supposerait donc que certaines données variables puissent être récupérées dans la mémoire vive. Si d'autres données y étaient insérées dans l'exécution ultérieure du programme, en violation des règles du jeu, l'expérience de jeu en serait modifiée. L'objectif poursuivi par le programme ne serait [alors] pas atteint.

- 30 (b) Selon la chambre de céans, il est douteux que la volonté du développeur de programmes – marquée par l'objectif poursuivi de concevoir un déroulement de jeux distrayant – de ne retenir comme base d'instructions que les données variables générées en conformité avec le jeu lors de l'exécution du programme puisse être prise en compte pour déterminer le champ d'application de la protection du programme d'ordinateur.
- 31 Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/24, la protection prévue par cette directive s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur (première phrase) ; 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 ladite directive (deuxième phrase ; voir également considérant 11 de la directive 2009/24). S'agissant du droit international, tant l'article 2 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur que l'article 9, paragraphe 2, des ADPIC disposent

que la protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, aux procédures, aux méthodes de fonctionnement ou aux concepts mathématiques, en tant que tels. La Cour en a conclu que le code source et le code objet d'un programme d'ordinateur sont des formes d'expression de celui-ci, qui méritent, par conséquent, la protection par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 91/250 ; il ne devrait pas en aller différemment en vertu de l'article 1, paragraphe 2, de la directive 2009/24. 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 au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 91/250. Admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur soit protégée par le droit d'auteur ouvrirait la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel ([arrêt du 2 mai 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259], point 35 à 40). Il semble donc résulter de la jurisprudence de la Cour qu'en principe, le résultat de l'utilisation du programme d'ordinateur en cours d'exécution ne relève pas du champ d'application de la protection du programme d'ordinateur [OMISSIS] [référence de doctrine].

- 32 (5) Contrairement à l'avis [de la requérante au pourvoi en « Revision »], le fait que, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, première phrase, de la directive 2009/24, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ne devrait pas non plus plaider en faveur de l'inclusion des variables en cause dans la notion de programme d'ordinateur au sens de l'article 1^{er} de la directive 2009/24.
- 33 (a) [La requérante au pourvoi en « Revision »] fait valoir que, dans le cas d'un roman, en tant qu'œuvre littéraire, non seulement le texte concret et, partant, la formalisation directe de l'idée peuvent être protégés par le droit d'auteur, mais également les éléments personnels façonnés de manière reconnaissable et les éléments figuratifs de l'œuvre qui peuvent, exister, entre autres en cours d'action et de conception de scènes. Si ce principe était transposé aux programmes d'ordinateur, il en résulterait que, outre le code lisible par machine, l'approche du programme serait également susceptible d'être protégée en tant qu'élément personnel façonné de manière reconnaissable. Les données variables insérées dans la mémoire vive constitueraient alors une forme d'expression de cette approche globale.
- 34 (b) Cette thèse ne semble pas non plus pouvoir être retenue. Le déroulement de l'action et la configuration des scènes peuvent se traduire par les données relatives au programme du code objet et du code source. Il devrait en aller de même pour les variables prévues par le développeur en tant que catégorie, qui participent au déroulement de l'action et sont consignées dans le code objet et le code source. Or, selon les constatations de la juridiction d'appel, le logiciel des parties défenderesses n'interfère précisément pas avec ces éléments du programme de

jeux déterminants l'action et créés par le développeur, mais il modifie simplement le contenu des variables générées par l'utilisateur au cours du jeu. Or, ces contenus, en eux-mêmes, ne sont pas l'expression d'une conception personnelle de l'auteur, mais concernent l'exécution concrète du programme en fonction du comportement de l'utilisateur. Le logiciel des parties défenderesses ne modifie pas le déroulement de l'action ou la conception de scènes, mais uniquement l'ordre ou la fréquence de la reproduction des séquences d'actions ou de scènes. La référence, faite par [la requérante au pourvoi en « Revision »], à la protection par le droit d'auteur du déroulement de l'action et de la conception des scènes ne conduit donc pas non plus, dans les circonstances du litige, à une atteinte au champ d'application de la protection du programme d'ordinateur, mais vise également, en substance, une protection, non prévue par la directive 2009/24, de l'idée sous-jacente au programme, de son déroulement et de sa fonctionnalité.

- 35 3. Il est en outre nécessaire de clarifier la portée de la notion de transformation au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24. La question se pose de savoir si cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'il y a transformation lorsque le code objet ou le code source d'un programme d'ordinateur ou sa reproduction n'est pas modifié, mais qu'un autre programme exécuté en même temps que le programme d'ordinateur protégé modifie le contenu de variables que le programme d'ordinateur protégé a insérées dans la mémoire vive et qu'il utilise dans l'exécution de ce programme (deuxième question préjudicielle).
- 36 a) Partant de son appréciation selon laquelle, en l'espèce, le logiciel des parties défenderesses ne porte pas atteinte à l'objet de la protection du programme d'ordinateur au sens de l'article 69a de l'UrhG en raison de l'absence de modification du code objet ou du code source ou bien de la structure interne du programme d'ordinateur de la requérante, la juridiction d'appel a considéré qu'il n'y avait pas de transformation au sens de l'article 69c, point 2, de l'UrhG. Une approche fonctionnelle selon laquelle, indépendamment de l'incidence sur le code du programme ou de la reproduction modifiée de ce code, on pourrait considérer qu'il y a transformation même en cas d'intervention dans l'exécution du programme d'une autre manière serait incompatible avec l'objet de la protection visée à l'article 69a de l'UrhG. En effet, l'exécution conforme au programme ne ferait pas partie de l'objet de la protection d'un programme d'ordinateur et ne serait donc pas protégé par les droits exclusifs visés à l'article 69c de l'UrhG contre les influences extérieures. La fonctionnalité d'un programme ne relèverait pas de la protection du programme d'ordinateur et l'utilisation pure et simple d'une œuvre, contrairement aux droits d'utilisation techniques, ne serait pas considérée comme une forme d'utilisation du droit d'auteur. L'auteur d'un programme d'ordinateur n'aurait donc aucun droit, découlant des articles 69a et 69c de l'UrhG, à ce que son programme ne soit utilisé que de la manière qu'il a prévue, aussi longtemps que le jeu se déroule d'une manière conforme au programme, même en cas d'intervention de tiers, et que les différentes situations de jeu sont prévues par le jeu lui-même.

- 37 b) En revanche, [la requérante au pourvoi en « Revision »] part du principe qu'une transformation ne suppose aucune intervention sur la substance du programme. L'élément déterminant à cet égard serait également le fait que, dans une situation de jeu donnée, l'exécution du programme prévoit le stockage et la consultation ultérieure de contenus bien déterminés de variables et que d'autres contenus de variables ne devraient être conservés que dans d'autres conditions. Ainsi, il y aurait une atteinte à l'utilisation des contenus erronés des variables.
- 38 c) La question de savoir si une modification de la substance du programme d'ordinateur, sous la forme d'un code source ou d'un code objet, est nécessaire pour admettre une transformation au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 2009/24 et de l'article 69c, point 2, de l'UrhG fait débat.
- 39 aa) Selon une opinion, il suffit, pour admettre une transformation, qu'il soit porté atteinte à la substance du programme d'ordinateur durant l'exécution du programme d'ordinateur [Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg), GRUR-RR 2013, 13, point 62)]; [références à la doctrine] [OMISSIS]).
- 40 bb) Selon une autre opinion, une transformation nécessite toujours une intervention sur le code source ou le code objet et, en ce sens, sur la substance du programme d'ordinateur [Landgericht München (tribunal régional de Munich) I, MMR 2015, 660, points 288 et 289)]; Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg), CR 2016, 782, point 28; tribunal régional de Hambourg, décision du 22 juillet 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325, point 11; Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg), GRUR-RR 2022, 253, point 52]; [références à la doctrine] [OMISSIS]).
- 41 cc) La chambre de céans est encline à partager ce dernier point de vue. Le libellé « transformation » – tout comme le terme « alteration » utilisé dans la version en langue anglaise – plaide déjà en faveur de la nécessité d'une intervention sur le code source ou sur le code objet et suggère qu'une simple influence d'éventuels résultats fonctionnels variables générés lors de l'exécution du programme ne suffit pas. Il devrait toutefois en aller autrement si la Cour considère, au vu de la première question préjudicielle, que de tels résultats fonctionnels relèvent de la protection par le droit d'auteur du programme d'ordinateur. Dans ce cas, l'influence sur le contenu des variables, en cause en l'espèce, constituerait également une intervention modificative dans le programme d'ordinateur.

[Informations relatives à la composition de la formation de jugement et aux instances inférieures]

[OMISSIS]