

La maintenance de logiciel à l'épreuve de la théorie des facilités essentielles : quand le droit d'auteur tue le droit d'auteur

Ronan Hardouin
Doctorant Laboratoire DANTE
Université de Versailles – St Quentin

Email : ronan.hardouin@wanadoo.fr

La théorie des facilités essentielles¹ ne peut justifier l'accès à un logiciel que s'il est prouvé qu'il est impossible de concevoir matériellement et financièrement un logiciel équivalent et que l'accès au logiciel est indispensable à l'exercice de l'activité en cause.

Voilà une chose acquise avec l'arrêt du 12 juillet 2005 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation².

Pourtant, à la veille des fêtes de fin d'année 2003, le *Conseil de la concurrence*³ allait revêtir sa panoplie de Père Noël, et accueillir la demande de la société *Messageries Lyonnaises de Presse* (les MLP). Cette décision, en reconnaissant au logiciel « *Presse 2000* » le statut de facilité essentielle sur le marché de la distribution de la presse, caractérise l'abus de position dominante⁴ de la société *Nouvelles Messageries de la presse parisienne* (les NMPP), titulaire des droits sur le logiciel, dès lors que cette dernière en a refusé l'accès à l'un de ses concurrents à des conditions économiques raisonnables. La Cour d'appel de Paris, en date du 12 février 2004⁵, impressionnée (?) par la voix européenne du Droit de la concurrence, statuait dans le même sens.

L'application de la théorie des facilités essentielles ne résidait donc que dans la démonstration de l'impossibilité de reproduire à des conditions économiques raisonnables la solution informatique.

La Cour de cassation, dans l'arrêt susmentionné, considéré comme salubre par certains⁶, casse avec autorité cette interprétation de la théorie des facilités essentielles, quelque peu banalisée. En l'encadrant de conditions strictes, elle permet ainsi une meilleure protection d'une œuvre originale, telle que le logiciel « *Presse 2000* », au motif qu'il n'est nullement établi que des solutions alternatives raisonnables ne pouvaient être mises en œuvre par les MLP, « *fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP* ».

En réalité, la solution de la Cour de cassation n'étonne guère et rassure les défenseurs de la création artistique⁷ en ce qu'elle subordonne l'application de la théorie des facilités essentielles au cumul de conditions traditionnellement retenues⁸.

¹ Pour une définition, voir, M. Malaurie Vignal, Droit de la concurrence, *Armand Colin*, 2^{ème} édition, n°396.

² Juris-Data n° 2005-029484.

³ Déc. n°03-MC-04, 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP.

⁴ Réprimé par l'article L.420-1 du Code de commerce.

⁵ Juris-Data n° 2004-235805.

⁶ C. Carron, « Le logiciel qui résiste à la théorie des facilités essentielles », *Communication – Commerce Electronique*, oct. 2005, comm. 149.

⁷ Le terme « *création artistique* » désigne l'ensemble des œuvres couvertes par la protection du droit d'auteur. Conscient que ce terme peut choquer en ce qui concerne un logiciel (voir Stéphane Lemarchand, Olivier Fréget, Frédéric Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2003, n° 6), il est d'autant plus pragmatique de considérer que le raisonnement de la Cour de cassation est applicable à l'ensemble des œuvres auxquelles le droit d'auteur accorde sa protection.

⁸ 1/ une installation ou une infrastructure est considérée comme essentielle dès lors qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel ; 2/ une facilité essentielle : installations sans l'utilisation desquelles les concurrents ne peuvent servir leur clientèle 3/ une impossibilité de reproduire de façon raisonnable l'installation essentielle ; 4/ une mise à

La Cour de cassation prend donc en compte les réalités de notre monde et encourage la création en faisant primer les intérêts économiques du titulaire des droits d'auteur.

L'antagonisme entre droit d'auteur, accordant au titulaire des droits un monopole, et droit de la concurrence, visant à maintenir une concurrence effective sur un même marché lorsqu'une offre et une demande sont susceptibles de se rencontrer, voit donc la victoire du premier sur le second.

Ainsi qu'il a pu être souligné à propos de l'affaire « IMS ⁹ », « *ce n'est que lorsque, sortant de la fonction qui lui est assigné, la propriété intellectuelle se pervertit et sert à bloquer la création plutôt que de la stimuler qu'elle encourt les sanctions externes du droit de la concurrence*¹⁰ ».

Toutefois, il ne faut pas oublier trop vite la particularité de marchés fortement concurrentiels, tel que celui de la conception de logiciels, où, pour obtenir des parts de marché plus importantes, les SSII réduisent de plus en plus les tarifs de conception tout en se rendant indispensables en ce qui concerne la maintenance, inévitable concernant des produits tels les logiciels.

Deux situations sont susceptibles de rendre les entreprises dépendantes des opérations de maintenance effectuées par les SSII.

La première, vise à ce que le concepteur du logiciel cède la totalité des droits patrimoniaux sur son œuvre. Dès lors, le cessionnaire aurait tout le loisir de choisir le prestataire mainteneur à même d'intervenir sur le logiciel dont il est « propriétaire ». Il n'en est cependant rien, du moins en ce qui concerne les logiciels spécifiques. Concernant ces solutions logicielles extrêmement complexes, il est préférable que la maintenance soit assurée par le concepteur du programme qui, par son intervention, permet à l'entreprise cessionnaire un gain de temps et par conséquent de coût.

Les conditions tarifaires de maintenance des SSII résultent donc du savant calcul des prix qu'elles peuvent se permettre de pratiquer en raison du savoir-faire sur la solution informatique, et du prix réel de l'intervention d'un tiers, privé, de fait, des connaissances sur le programme en cause. Malgré sa relative fréquence, cette situation intéresse moins les développements qui vont suivre dans la mesure où elle n'octroie qu'un monopole de fait et non de droit au concepteur du logiciel.

La seconde vise à ce que le concepteur du logiciel ne concède qu'un droit d'usage sur le logiciel, restant, par conséquent, seul propriétaire des codes sources. La protection accordée par le droit d'auteur sur les codes sources d'un logiciel permet donc au titulaire des droits de bénéficier d'un monopole sur la maintenance.

Cette situation, à l'instar de l'ensemble des situations monopolistiques, est susceptible de porter atteinte au droit de la concurrence et interroge le juriste quant à l'application de la théorie des facilités essentielles sur le marché de la maintenance de logiciel, d'une part à l'aune de la liberté des titulaires de droits sur le code source de ne pas mettre sur le marché les biens dont ils disposent, et d'autre part, sur la légitimité du besoin ressenti par les demandeurs potentiels, en l'espèce le tiers mainteneur.

En effet, si les conditions d'impossibilité de reproduction par des moyens raisonnables ainsi que l'absence de moyens techniques ou économiques pouvant se substituer à ladite facilité font défaut en ce qui concerne le logiciel proprement dit, il n'est pas certain que ces conditions suffisent à écarter toute volonté d'appropriation des codes sources par un concurrent du titulaire des droits souhaitant assurer la maintenance. L'application de la théorie des facilités essentielles au marché de la maintenance pourrait dès lors très bien conditionner une ouverture de ce marché à la concurrence (II).

Il convient cependant dans un premier temps d'examiner dans quelle mesure le code source d'un logiciel peut constituer une facilité essentielle en matière de maintenance de logiciel (I).

disposition possible 5/ un abus constituant en une atteinte à la concurrence : Voir M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence, 2ème édition, *Armand Colin* n° 397 et suiv.

⁹ CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01.

¹⁰ Valérie-Laure Bénabou, *propriétés intellectuelles*, juillet 2004, n°12.

I. Le code source du logiciel : une facilité essentielle en matière de maintenance de logiciel

La solution avancée par la Cour de cassation ne vient en aucune manière rejeter la théorie des facilités essentielles appliquée au droit de la propriété intellectuelle. Elle vise seulement à rétablir un certain équilibre entre concurrence et propriété, en encadrant strictement l'application de ladite théorie.

En réalité, cette application à la propriété intellectuelle était prévisible, tant l'utilisation de cette théorie s'est étendue à des domaines plus qu'hétérogènes. Ainsi, une hélistation¹¹, des listes d'abonnés¹², des réseaux de transport d'informations par câble¹³ ou encore une base de données¹⁴, ont pu être qualifiés de facilités essentielles.

Selon l'expression du duo S. Martin et F. Levilain, peu importe le droit ou le bien dont il s'agit s'il offre à son détenteur une « *facilité lui permettant d'accéder au marché et de le maîtriser*¹⁵ ».

Or, le code source, facilité essentielle potentielle en ce qu'il octroie un véritable monopole, et par conséquent une position dominante au titulaire des droits sur la maintenance, semble bien permettre d'accéder, d'une part, et, de maîtriser, d'autre part, le marché de la maintenance.

Accéder, en ce que le titulaire des droits sur un logiciel n'accordera la majeure partie du temps de licence sur une solution informatique qu'à la condition qu'il puisse, conformément au droit que lui accorde l'article L. 122-6-1-I du CPI, effectuer la maintenance sur ledit logiciel.

Certes, en pratique les fournisseurs communiquent le code objet du logiciel¹⁶, mais la reconstitution du code source à partir du code objet n'est envisageable qu'en effectuant une opération techniquement difficile : la décompilation. En outre cette opération n'est affranchie de l'autorisation du titulaire des droits qu'à des fins d'interopérabilité¹⁷, ce qui ne confère à l'utilisateur qu'un droit d'accès très limité, et ne lui octroie en aucune manière une maîtrise sur le logiciel.

Maîtriser, en ce que lui seul peut assurer la maintenance comme seul détenteur véritable des codes sources. En effet, l'alinéa 2 de l'article L.122-6-1-I du CPI permet à l'auteur du logiciel de se réserver contractuellement le droit de corriger et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes de reproduction, de traduction, de modification, d'arrangement ou de tout autre modification, nécessaire à l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

En fait comme en droit, seul le titulaire des droits détenteur des codes sources, peut assurer la maintenance sur le logiciel.

Le code source peut donc être considéré comme une facilité essentielle susceptible, sous réserve des conditions limitatives énumérées par la Cour de cassation dans l'arrêt susvisé, d'entraîner l'application de la théorie du même nom.

Ces critères visant à une application raisonnable de la théorie en matière de logiciel sont-ils toutefois aussi efficaces dès lors que l'on se place sur le marché de la maintenance ?

¹¹ Cons. conc., 3 sept. 1996, *Contrats, concurrence consommation*, 1997, comm. 31, obs. Vogel.

¹² CA Paris, 1^{er} sept. 1998, *Contrats, concurrence consommation*, 1998, comm. 162, obs. Malaurie-Vignal.

¹³ Cons. conc., 12 janv. 1999, n° 99-MC-01 : BOCCRF 1999, n° 7.

¹⁴ Cass. com., 4 déc. 2001, *RTD com.* 2002, p. 296, obs. Claudel.

¹⁵ « L'application de la théorie des facilités essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », *Gaz. Pal.*, 23-24 oct. 2002, p. 4.

¹⁶ Code sous forme binaire déchiffrable par l'appareil. A la différence du code source, il est inintelligible par l'homme mais exécutable par l'appareil.

¹⁷ Article L.122-6-1-IV du CPI.

II. L'application de la théorie des facilités essentielle au marché de maintenance de logiciel : une ouverture possible de la concurrence ?

L'arrêt du 12 juillet 2005 rendu par la Cour de cassation a pour mérite de protéger l'investissement ainsi que l'efficacité économique rendus friables par l'arrêt du 12 février 2004 de la Cour d'Appel de Paris en affirmant que la « *Cour d'Appel n'établissait pas que des solutions alternatives raisonnables ne pouvaient être mises en œuvre par les MLP, fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP*¹⁸ ».

La Cour Suprême conditionne strictement l'application de la théorie des facilités essentielles, d'une part à l'impossibilité de reproduire par des moyens raisonnables ladite facilité, et, d'autre part, au défaut de moyens techniques ou économiques pouvant se substituer à la facilité, cette dernière étant indispensable à l'exercice de l'activité.

Les développements à suivre seront basés sur ces critères cumulatifs dégagés par la Cour de cassation, moins fluctuants que ceux dégagés par les instances européennes. A titre d'exemple, la CJCE lors de l'affaire « IMS Health¹⁹ » avait subordonné l'application de la théorie des facilités essentielles à la fourniture d'un produit ou d'un service nouveau non offert par le titulaire des droits, à un refus injustifié par des conditions objectives, ce dernier étant de nature à réserver au titulaire des droits la fourniture de produits ou de services excluant toute concurrence. Ces critères n'ont de raison d'être qu'une fois mis en rapport avec l'espèce et n'ont pas l'avantage de la fixation du droit et de la clarté recherchées par la Cour de cassation dans la présente affaire.

La Cour s'inspire néanmoins de l'analyse de certains arrêts communautaires, selon laquelle le fait que la reproduction d'un actif soit coûteuse ou difficile est insuffisante pour caractériser une impossibilité pour une entreprise de reproduire l'équipement qui lui est essentiel²⁰.

En tout état de cause, une solution inverse telle celle exprimée par la Cour d'appel de Paris n'anéantirait-elle pas toute vocation à la création intellectuelle ? Le fait d'admettre l'application de la théorie des facilités essentielles à des conditions peu restrictives aboutirait à ôter à l'auteur tout accès juridique sur son œuvre, c'est-à-dire la possibilité d'exploiter sa création. La Cour de cassation semble avoir pris en compte cet enjeu d'autant plus primordial en l'espèce que la création d'un logiciel dit « propriétaire » n'a pour seule vocation que d'avoir une rentabilité économique pour son auteur.

Appliquée à l'utilisation proprement dite, on comprend que l'interprétation de la théorie des facilités essentielles soit d'application difficile pour la personne souhaitant obtenir d'un concurrent titulaire des droits sur un logiciel l'utilisation de celui-ci.

En effet, qu'il s'agisse de progiciels ou de logiciels spécifiques, il est concevable pour le magistrat saisi d'une telle affaire de considérer qu'un certain effort de créativité puisse pallier les difficultés du demandeur, d'autant que la Cour de Cassation écarte avec véhémence toute revendication d'ordre économique visant à faire valoir un désavantage dans la concurrence.

Le coût de la créativité ne peut donc, à l'aune de cette jurisprudence, légitimer « *un droit à la paresse*²¹ ».

Un autre code source, issu d'une activité créatrice pourrait tout aussi bien permettre de pallier le refus du titulaire de droits sur un logiciel d'octroyer un droit d'usage à l'un de ses concurrents. Il garderait ainsi un avantage concurrentiel consécutif à un esprit créatif plus vif.

¹⁸ G. Decocq, « Interprétation restrictive de la théorie des facilités essentielles », *Communication – Commerce électronique*, oct. 2005, comm. p. 39.

¹⁹ Opt. Cit.

²⁰ CJCE, 26 nov. 1998, aff. C 7/97, Oscar Bronner, *Contrats, concurrence consommation* 1999, comm. 43, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

²¹ L. Richer, « Le droit à la paresse ? « essential facilities », version française », *D. Aff.* 1999, p. 523.

Toutefois, la solution de la Cour de cassation différerait-elle dès lors que la personne souhaitant acquérir un droit d'usage sur une solution développée par l'un de ses concurrents apporterait la preuve qu'il a tout mis en œuvre techniquement et économiquement pour obtenir une solution équivalente, indispensable à l'exercice de son activité, cela s'étant matériellement avéré impossible ?

Le contentieux lié à l'application de la théorie des facilités essentielles n'a peut-être pas fini de faire parler de lui.

Néanmoins en matière de maintenance, une telle preuve ne semble pas conditionner l'application de cette théorie.

En effet, en ce domaine, seule l'accession aux sources du logiciel peut permettre d'exercer cette activité.

Concernant ce marché, la substitution de moyens techniques ou économiques apparaît comme matériellement impossible ; seules les sources originelles permettent d'exercer l'activité de maintenance. L'accès aux sources apparaît donc comme indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur.

En outre, le code source d'une solution informatique, en vue d'effectuer une opération de maintenance, en ce qu'il est protégé par le droit d'auteur en tant qu'apport intellectuel²² de l'auteur, ne peut être reproduit de façon raisonnable.

Il est matériellement impossible à tout programmeur d'entrer dans l'esprit de l'un de ses homologues afin de suivre le cheminement de ce dernier ayant permis d'aboutir aux lignes de codes, véritables poumons du logiciel. En outre, nul doute qu'un tel exploit serait nécessairement entaché de suspicions, ce « Nostradamus de la programmation » voyant dès lors planer l'épée de Damoclès de la contrefaçon au dessus de sa tête.

L'impossibilité de se fondre dans l'apport intellectuel de l'auteur, condition de la protection du logiciel par le droit d'auteur, légitimant l'absence de concurrence sur le marché de la maintenance, ouvrirait donc le droit à tout concurrent de contourner le monopole octroyé par cette protection sur le fondement de la théorie des facilités essentielles.

En effet, concernant le logiciel proprement dit, dont on a vu qu'il était difficile à l'aune des critères dégagés par la Cour de cassation de demander l'application de la théorie des facilités essentielles, la demande porte plus sur le droit d'utilisation dudit logiciel que sur l'attribution du code source en lui-même. La facilité essentielle en cause est caractérisée par la fonctionnalité permise par la solution informatique et non par le code source.

Par opposition, en matière de maintenance c'est bien le code source qui doit être considéré comme la facilité essentielle, seul ce dernier permettant d'effectuer l'acte de maintenance. Or, la possible reproduction par des moyens raisonnables de ladite facilité, *i.e.* le code source, ainsi que la présence de moyens techniques ou économiques se substituant à cette facilité, faisant que cette dernière n'est pas indispensable à l'exercice de l'activité, ne peuvent, en matière de maintenance, qu'être écartées, tant le code source résulte de l'attachement à l'apport intellectuel de l'auteur.

Dès lors, ce n'est qu'en vertu de la protection accordée par le droit d'auteur sur le code source que les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles, permettant de contourner le monopole attribué par un tel droit, trouveraient à s'appliquer au marché de la maintenance.

Le droit d'auteur, en tant qu'élément de réunion des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles, viendrait en quelque sorte « tuer » le monopole accordé par le droit d'auteur !

²² Plus que la notion « *d'empreinte de la personnalité* », l'arrêt Pachot, AP 7 mars 1986, conditionne la protection accordée par le droit d'auteur au logiciel à la notion « *d'apport intellectuel* » : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=64176&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1> > .

Cette conception est d'autant plus envisageable que l'application de la théorie des facilités essentielles au marché de la maintenance de logiciel aurait pour idéal la satisfaction du consommateur chère à la Cour du Luxembourg²³, permettant de réduire les coûts de la maintenance souvent prohibitifs afin de pallier les concessions faites par les SSII sur le marché fortement concurrentiel de la conception de logiciel.

R. H.

²³ M. Poumarède, « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », *JCP G*, sept. 2005, II 10121.