

Université Montpellier 2

Droit de l'informatique

Master II - Informatique

Bruno CARBONNIER,
Avocat au Barreau de Montpellier
bruno.carbonnier@gmail.com

2009-2010

*** Seul document autorisé à l'examen ***

PARTIE A – PROTEGER SON PATRIMOINE INFORMATIQUE.....	4
TITRE 1 – LE LOGICIEL.....	5
1. <i>LE CHOIX ENTRE LE DROIT DES BREVETS ET LE DROIT D’AUTEUR.....</i>	5
1.1 La protection par le droit des brevets.....	5
1.2 La protection par le droit d’auteur.....	10
2. <i>LE CONTENU DE LA PROTECTION PAR LE DROIT D’AUTEUR</i>	11
2.1 L’objet et les conditions de la protection.....	11
2.2 La titularité des droits	16
2.3 Les droits d’auteur attribués	25
TITRE 2 – LA BASE DE DONNEES	27
1. <i>LA PROTECTION DES DONNEES.....</i>	27
1.1 Les données appartenant à l’auteur de la base de données.....	27
1.2 Les données couvertes par un droit privatif appartenant à un tiers.....	27
1.3 Les données à caractère personnel.....	28
2. <i>LA PROTECTION DE LA BASE</i>	30
2.1 Par le droit d’auteur.....	30
2.2 Par le droit <i>sui generis</i> des producteurs.....	31
TITRE 3 – LE SITE INTERNET	37
1. <i>L’ACCES AU SITE INTERNET</i>	37
1.1 L’organisation du système de nommage	37
1.2 Le choix d’un nom de domaine	38
2. <i>LE CONTENU DU SITE</i>	42
2.1 La protection du contenu.....	42
2.2 La responsabilité liée au contenu du site.....	43
PARTIE B – EXPLOITER SON PATRIMOINE INFORMATIQUE.....	58
TITRE 1 – LES REGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS	58
1. <i>LA FORMATION, L’EXECUTION ET LA FIN DU CONTRAT.....</i>	58
1.1 La formation du contrat.....	58
1.2 L’exécution du contrat	60
1.3 La fin du contrat.....	62
2. <i>LA DEMATERIALISATION DU CONTRAT.....</i>	63
2.1 La reconnaissance de l’écrit numérique	63
2.2 La signature électronique	63
2.3 La formation en ligne du contrat	65
TITRE 2 – LES REGLES PARTICULIERES A CERTAINS CONTRATS	69
1. <i>L’ETUDE, LA REALISATION ET LA MAINTENANCE.....</i>	69
1.1 Les contrats préparatoires à un projet informatique.....	69
1.2 Le contrat de réalisation	71
1.3 Le contrat de maintenance	77
2. <i>L’EXPLOITATION</i>	78
2.1 Le contrat de licence	78
2.2 Le contrat de distribution	82
2.3 Le contrat « ASP » (Application Service Provider).....	82
2.4 Le contrat d’outsourcing (infogérance).....	83
ANNEXE – RESSOURCES EN ACCES LIBRE	84

PARTIE A – PROTEGER SON PATRIMOINE INFORMATIQUE

- Au début du développement de l'informatique, la valeur du matériel était supérieure à celle des programmes.

Ce rapport s'est progressivement inversé.

Les acteurs économiques ont ainsi souhaité protéger ces nouveaux investissements, dont les principaux aujourd'hui : le logiciel (titre 1), la base de données (titre 2) et le site internet (titre 3).

Le droit commun n'est pas totalement démuné pour offrir une protection à ces composantes, mais force est de constater le rôle essentiel joué par la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle n'est pas d'existence récente. Les premiers systèmes de protection des créations remontent à l'Antiquité. C'est cependant à partir du Moyen-âge et surtout du XVIIIème que l'on va voir émerger un véritable droit de la propriété intellectuelle.

On n'a pas attendu ainsi l'avènement de l'ère informatique ou encore de l'internet afin de mettre en place un droit de la propriété intellectuelle. L'informatique et aujourd'hui l'internet ont cependant contribué à faire évoluer le droit de la propriété intellectuelle.

***-* La propriété intellectuelle désigne aujourd'hui un ensemble de protections privatives constitué essentiellement du droit d'auteur, du droit des dessins et modèles, du droit des marques et du droit des brevets.**

La propriété intellectuelle peut encore être présentée en deux branches :

- **la propriété littéraire et artistique**, comprenant le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur (i.e. droit des artistes-interprètes, droit des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes, etc.) ;
- **la propriété industrielle**, comprenant le droit des dessins et modèles, des appellations d'origine et des indications de provenance, des marques et des brevets.

La propriété littéraire et artistique

Cette protection tend à conférer un droit privatif à des « œuvres de l'esprit » résultant d'un travail esthétique ou intellectuel qui se matérialise par une forme originale, portant l'empreinte de la personnalité de son auteur.

Le genre de l'œuvre est indifférent. Le droit d'auteur trouve ainsi à s'appliquer dans le domaine littéraire, musical, graphique et plastique...

Les droits voisins du droit d'auteur visent à protéger par exemple des interprétations musicales, théâtrales, etc. mais encore des objets qui n'ont rien d'artistiques tels que les supports de diffusion de la musique (phonogrammes).

La propriété industrielle

Le droit des dessins et modèles vise à protéger la forme d'un produit.

Le droit des appellations d'origine et des indications de provenance qui vise à protéger la désignation d'un produit provenant d'un lieu géographique déterminé ou vise encore à constituer une garantie de qualité (appellation d'origine).

Le droit des marques vise à protéger la désignation d'un produit ou d'un service.

Le droit des brevets vise à protéger une invention, d'application industrielle, qui présente une solution à un problème.

TITRE 1 – LE LOGICIEL

- En matière de logiciel, le choix a été fait de rattacher cette création à des droits existants.

Le droit d'auteur et le droit des brevets étaient désignés pour cela. Toute la difficulté consista alors à qualifier le logiciel en œuvre de l'esprit, protégée par le droit d'auteur, ou en invention, protégée par le droit des brevets.

Cette question est toujours d'actualité¹.

1. LE CHOIX ENTRE LE DROIT DES BREVETS ET LE DROIT D'AUTEUR

1.1 La protection par le droit des brevets

1.1.1 Le principe de l'exclusion des logiciels

- L'invention se présente comme une solution apportée à un problème. A cet égard, le logiciel semble bien constituer une invention : il résulte de la recherche d'une solution à un problème technique, dans un domaine technique.

L'invention brevetable est traditionnellement définie² par plusieurs critères cumulatifs :

- il s'agit d'une « invention » (i) « nouvelle » (ii), c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être comprise dans l'état de la technique,
- impliquant une « activité inventive » (iii), c'est-à-dire qu'elle ne doit pas découler d'une manière évidente de l'état de la technique pour l'homme du métier ;
- et d'« application industrielle » (iv), c'est-à-dire que l'objet de l'invention doit pouvoir être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie.

La durée de protection du brevet est de 20 ans, moyennant le paiement de redevances annuelles, en contrepartie d'une diffusion légale de l'invention (18 mois après le dépôt de la demande de brevet).

***-* Lorsqu'il a été envisagé de réformer le droit des brevets en France, dans les années 60, il a été discuté de l'opportunité de conférer aux logiciels la protection du droit des brevets.**

¹ Linux Days de Genève, Juin 2009, extraits de l'article de TDG sur l'intervention de Michel Rocard : « *Je vais vous raconter une histoire, celle d'un combat que j'ai mené un peu par hasard, mais avec enthousiasme.* » *Vingt ans après avoir dirigé la France, Michel Rocard s'est investi à l'orée du XXIe siècle dans une autre cause, peut-être plus importante encore que le sort d'une nation. Eurodéputé depuis 1994 jusqu'à cette année, l'ancien Premier Ministre français a dirigé au Parlement européen la croisade victorieuse contre la « brevetabilité » des logiciels (...)* ». <http://www.tdg.ch/actu/hi-tech/michel-rocard-heros-logiciels-libres-2009-06-07>

² Article L. 611-10 du C.P.I. : sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

Dans la réforme de 1968, le logiciel a été écarté pour trois raisons principales.

En premier lieu, il ne semblait pas pouvoir répondre à l'exigence d'un caractère industriel.

En second lieu, il semblait difficile, en pratique, de contrôler la condition de nouveauté ou d'activité inventive d'un programme d'ordinateurs. Cette technique du brevet semblait ainsi très lourde à mettre en œuvre pour les logiciels, au niveau de la connaissance de l'état de la technique, de la difficulté de rédiger des revendications, etc.

Enfin, en termes d'opportunité, on a craint en France qu'une telle protection soit convoitée par l'industrie américaine et freine le développement d'une informatique française.

La loi du 2 janvier 1968 a ainsi exclu les programmes d'ordinateurs de la protection par le droit des brevets.

La Convention de Munich du 5 octobre 1973, consacrant un droit européen des brevets, a confirmé cette solution.

La réforme de la loi du 13 juillet 1978, en France, a maintenu cette exclusion.

1.1.2 L'atténuation du principe de l'exclusion des logiciels

***-* La jurisprudence a contribué à atténuer ce principe qui demeure aujourd'hui.**

Dans l'affaire « *Mobil Oil* » de 1973 et l'affaire « *Schlumberger* » de 1981, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'un programme n'est pas brevetable même s'il permet d'obtenir des résultats industriels. Elle a toutefois précisé qu'un processus industriel brevetable ne cesse pas de l'être parce que certaines de ses phases sont commandées par un programme.

Cette jurisprudence a ainsi permis de considérer que la brevetabilité du logiciel est exclue à titre principal, mais pas en tant qu'accessoire d'une invention.

***-* L'Office européen des brevets (OEB) et l'Office américain jouent un rôle dans cette lente marche vers la reconnaissance de la brevetabilité des logiciels.**

A partir des années 1990, elle a été admise aux Etats-Unis.

En Europe, les décisions de l'Office tentent de limiter l'exclusion de principe. Une décision de 1999 de l'OEB considère que si le programme d'ordinateur produit un effet technique (on considérait jusqu'alors que les logiciels étaient des créations purement abstraites dépourvues de caractère technique), il n'y a pas de raisons de l'exclure de la brevetabilité.

1.1.3 Vers une réforme ?

En juillet 2005, le Parlement européen a rejeté un projet de directive européenne sur la brevetabilité des logiciels.

Extraits de l'intervention de Michel Rocard devant le Parlement européen en juillet 2005 :

« Il me faut en rappeler les enjeux (...) Il y a trois enjeux.

Le principe de la libre circulation des idées, le respect de la concurrence et le refus de l'effet de monopole lié au brevet et, enfin, la protection des créateurs individuels et des petites et moyennes entreprises face à la toute puissance écrasante de quelques très grandes sociétés.

Tout le monde ici souhaite clarifier le droit et pense qu'une directive est nécessaire. Personne ici ne souhaite que tous les logiciels soient brevetables. Il ne devrait donc y avoir aucune difficulté, mais une évolution récente, qui n'a guère plus de vingt ans, a compliqué les choses.

À la naissance de l'industrie informatique et lors de la création des premiers logiciels, personne ne songeait à breveter. La Silicon Valley, Monsieur le Président, a vécu ainsi et s'est développé vingt ou trente ans sans brevet. Les logiciels étaient défendus par le droit d'auteur et ça suffisait. Puis est venue des États-Unis, qui n'ont pas de loi sur le sujet, l'idée d'étendre la brevetabilité dans ce domaine. Au point de départ, l'immatériel n'est pas technique et tout ce qui relie au monde matériel, met en jeu de la matière ou de l'énergie ou met en jeu des outillages, est brevetable. Ce qui est brevetable doit être nouveau, inventif, capable d'application industrielle et comporter une contribution technique. Tout ce qui est capteur ou effecteur, qui amène des données à un logiciel qui fait son calcul, ou qui extrait le résultat des calculs du logiciel pour le faire passer dans la réalité à travers une pièce qui bouge ou un signal, tout cela est brevetable, le logiciel en soi n'étant, lui, pas brevetable.

Et puis, des logiciels ont été incorporés indissolublement dans une invention où capteurs, logiciels et effecteurs étaient de nouveau tous ensemble et étaient indissociables. Puis, sont apparues des inventions dans lesquelles seul le logiciel est nouveau, capteurs et effecteurs restant anciens. On a aussi assisté à la dérive de certains tribunaux, ainsi que de quelques offices nationaux de brevets et de l'Office européen des brevets qualifiant le tout de technique, avec comme résultat : 200 000 brevets de cette nature ou davantage aux États-Unis et une trentaine de mille donnés par l'Office européen des brevets, en dépit de l'article 52, paragraphe 2, de sa Charte de base qui stipule que les logiciels ne sont pas brevetables.

Les abus, on les connaît, il faut les rappeler : ont ainsi été brevetés des méthodes pédagogiques, des méthodes commerciales, et aussi des guides chirurgicaux pour la main d'un chirurgien. Dans tous ces cas, la gratuité du logiciel aurait permis d'en faire bénéficier immédiatement toute l'Afrique, par exemple, dans l'enseignement ou la médecine. Or, ils sont brevetés aux États-Unis, avec pour conséquence d'être très cher et, hors de portée du monde d'aujourd'hui. Nous avons tous condamné ces abus, y compris de la part de l'Office européen des brevets, mais sa dérive ne met pas de frontières claires.

Il vous est proposé, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, de revenir aux principes et au droit. Quelques fleurons de notre grande industrie ne nous ont toutefois pas compris. Ils ont peur de n'être plus protégés, ce que nous comprenons à court terme, puisque la déprotection va changer quelques équilibres. Comment font aujourd'hui les plus grandes sociétés? Elles échangent entre elles des patrimoines de brevets pour se débarrasser des inconvénients que la brevetabilité fait subir à ceux qui ne peuvent pas entrer dans ce jeu, c'est-à-dire, tout ce qui est plus petit. Les coûts juridiques augmentent très régulièrement dans tous les budgets de recherche et développement de ces sociétés, jusqu'à dépasser aujourd'hui un peu partout 20 %. Les deux tiers des brevets à l'œuvre sur les territoires européens sont américains ou asiatiques mais pas européens. Enfin, lorsque Siemens, GEM PLUS ou Alcatel vendent des divisions de téléphones mobiles, ce sont ces divisions, brevets compris, qui s'en vont en Asie, ne laissant plus aucune chance de développement à l'Europe dans ces domaines.

Nous pensons donc, Monsieur le Président, qu'à long terme, la défense de notre industrie européenne passe

mieux par la liberté, par le libre-accès que par le brevet. De plus, la Chine forme deux millions et demi d'informaticiens par an! Comment résister dans cette bataille? Mieux vaudrait la liberté. Nos grands industriels auraient dû le comprendre, au lieu de quoi ils ont cherché le ridicule, sans compter que ce débat a donné lieu à quelques insultes. C'est par exemple un «homme du Moyen-âge» qui vous parle. Ceci montre la fragilité d'une position. Nos amis industriels devraient admettre que ce n'est pas parce qu'il y a eu une dérive qu'il faut adapter les principes et le droit à cette dérive.

Dernier problème enfin : le traité TRIPS, ADPIC en français, permet les deux. Ou bien tous les logiciels sont brevetables, auquel cas il n'y a pas de problème: ils relèvent tous du traité TRIPS (ADPIC) et des panels de l'OMC, mais ce n'est pas ce que nous voulons. Ou bien aucun logiciel n'est brevetable: ils relèvent alors des lois internationales qui régissent le copyright. Ils relèvent aussi des panels de l'OMC, mais sous d'autres règles. Dans ce deuxième cas, nous sommes aussi en règle avec le traité TRIPS, en sachant toutefois que la seule chose interdite par ce traité est la zone grise. En effet, s'il y a contestation sur les raisons pour lesquelles un logiciel particulier est brevetable, la frontière ne tient plus: le «tout brevetable» est possible ou du moins permis.

Mes chers collègues, il vous est proposé ici de réconcilier à la fois les principes, le droit, la cohérence et la clarté en demandant seulement à nos plus gros industriels un effort d'adaptation, dont tout nous laisse penser qu'il sera beaucoup moins douloureux qu'ils le croient ! »

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20050705&secondRef=ITEM-006&format=XML&language=FR>

. Dans l'attente d'une réforme, il faut observer la pratique du dépôt de brevet, en Europe, concernant des logiciels.

Les logiciels « bruts » ne font pas l'objet de dépôt, car il serait rejeté.

Par contre, les déposants peuvent habiller les rédactions de leurs demandes de brevets pour échapper³ à la censure :

- en évitant d'employer les termes de « logiciel », d'« informations »...
- en présentant le brevet comme couvrant une invention de procédé : le logiciel est présenté comme constituant uniquement une étape ;
- en présentant le brevet comme couvrant un produit : il s'agit alors de mettre l'accent sur le matériel...

L'OEB n'a toutefois pas une position arrêtée sur cette question.

Des décisions contraires sont ainsi apparues et ont justifié la mise en place d'une procédure particulière auprès de la Grande Chambre de recours de l'OEB, chargée d'uniformiser l'application de la Convention sur le Brevet européen.

³ Voir sur le site de l'INPI, la FAQ : <http://www.inpi.fr> ; Office Européen des Brevets : <http://www.innovation.rhone-alpes.cci.fr> ; sur le site du CRCI de Rhône-Alpes faire une recherche simple avec le terme « brevet » pour accéder au document de l'OEB).

Communiqué de l'Office Européen des Brevets (oct. 2008)

« Estimant que des décisions divergentes des chambres de recours de l'OEB ont créé une insécurité, Mme Alison Brimelow, Présidente de l'OEB, a soumis à la Grande Chambre de recours de l'OEB un certain nombre de questions relatives à la brevetabilité des programmes d'ordinateur en vertu de la Convention sur le brevet européen (CBE). La Grande Chambre de recours, qui est chargée d'assurer une application uniforme de la CBE, est invitée à répondre à ces questions, afin de permettre à la jurisprudence de continuer à évoluer de façon harmonieuse dans ce domaine.

La saisine ne met pas en cause les dispositions en vigueur de la CBE. Ainsi, conformément à l'article 52(2) et (3) CBE, les programmes d'ordinateur pris en tant que tels ne sont pas considérés comme des inventions, et sont, en d'autres termes, exclus de la brevetabilité. La Grande Chambre est toutefois appelée à donner des repères en ce qui concerne la manière de mettre en œuvre certaines particularités de cette exclusion.

L'objectif de cette saisine est non seulement de clarifier la question de savoir quand une revendication dans son ensemble tombe sous le coup de l'exclusion, mais aussi de faire la lumière sur les conditions dans lesquelles des caractéristiques individuelles liées à des programmes d'ordinateur peuvent contribuer au caractère technique d'une revendication (auquel cas elles entrent en ligne de compte pour l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive). Les réponses apportées devraient avoir pour effet de souligner plus clairement les limites de la brevetabilité. Elles devraient ainsi faciliter l'application de la CBE par les examinateurs de brevets, et favoriser, parmi les demandeurs et le grand public, une meilleure compréhension des dispositions régissant la brevetabilité des programmes d'ordinateur (...) ».

http://www.epo.org/topics/issues/computer-implemented-inventions/referral_fr.html

***-* Une telle stratégie de dépôt portant directement ou indirectement sur des brevets reste, en pratique, assez couteuse et risquée.**

1er frein : le coût financier

En France⁴, le coût de dépôt d'un brevet sur 20 ans (durée de protection du brevet) s'élève à environ 6.000 euros (uniquement les frais de dépôt et de maintien en vigueur du brevet ; à cela doit s'ajouter des frais de recherches et de rédaction du brevet).

En Europe, le coût d'un dépôt va dépendre des pays visés dans la demande initiale ; sur 20 ans, il faut compter environ 10.000 € à 30.000 €.

Ce coût élevé peut-être un frein au dépôt.

2ème frein : l'efficacité du dépôt

A supposer qu'une demande de brevet portant directement ou indirectement sur un logiciel soit délivrée, cela ne signifie pas pour autant que le logiciel est valablement protégé par le brevet.

Les Tribunaux apprécient souverainement la validité et l'étendue de la protection du brevet qui leur est soumis pour fonder, par exemple, une action en contrefaçon.

Un moyen de défense classique est alors de soulever la nullité du titre en démontrant que les conditions de brevetabilité n'ont pas été respectées. Il s'agit, par exemple, de démontrer que l'invention n'était pas nouvelle et

⁴ Sur le site de l'INPI, <http://www.inpi.fr>, faire une recherche dans le moteur de recherche avec les termes (« coût d'un brevet ») pour accéder aux documents relatifs aux différents coûts.

qu'elle ne pouvait donc pas être déposée. Il peut s'agir encore de démontrer, plus particulièrement dans le cas du logiciel, que l'invention en cause était exclue de la brevetabilité.

Les Tribunaux peuvent ainsi annuler un titre. Ce n'est pas parce qu'il a été délivré qu'il est valable...

Un autre moyen de défense consiste à réduire la portée du brevet en interprétant restrictivement les revendications du brevet.

- Les réformes législatives à venir mettront probablement fin à cette exclusion de principe. Il n'en reste pas moins que se posera alors la question de la mise en œuvre des conditions de brevetabilité et principalement le respect des conditions de nouveauté et activité inventive.

1.2 La protection par le droit d'auteur

***-* Face à l'exclusion de la brevetabilité du logiciel, on s'est demandé si le logiciel pouvait être considéré comme une « œuvre de l'esprit » pouvant à ce titre bénéficier de la protection par le droit d'auteur.**

Certains ont considéré que le droit d'auteur ne s'applique qu'à des créations esthétiques pour exclure le logiciel.

D'autres ont considéré que le logiciel n'est que le résultat d'une simple logique automatique et contraignante, qu'il ne pouvait ainsi s'agir d'une œuvre originale au sens où elle doit porter « l'empreinte de la personnalité de son auteur ».

- Des jugements ont reconnu aux logiciels le statut d'œuvre protégeable et d'autres décisions l'ont exclu.

Cette situation poussa les acteurs économiques à militer en faveur d'une réforme du droit d'auteur. La loi du 3 juillet 1985 consacra l'entrée du logiciel au Panthéon des créations protégeables par le droit d'auteur. Au sein de l'Union européenne, la directive du 14 mai 1991 consacra également le logiciel parmi les créations protégées par le droit d'auteur.

La plupart des législations dans le monde protège le logiciel par le droit d'auteur.

2. LE CONTENU DE LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR⁵

2.1 L'objet et les conditions de la protection

L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que : « *sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* ».

Ce n'est pas, toutefois, parce que le logiciel est explicitement visé comme un exemple d'œuvres de l'esprit que tous les logiciels sont protégeables par le droit d'auteur.

Ils doivent respecter certaines conditions.

Voir sur le site « Legifrance » tous les codes (notamment le code de la propriété intellectuelle) et la jurisprudence :

⇒ <http://www.legifrance.gouv.fr>

2.1.1 *Condition essentielle de protection*

***-* Une condition essentielle est exigée : il faut que le logiciel soit original.**

Il s'agit d'une condition nécessaire s'imposant à toutes les œuvres revendiquant la protection du droit d'auteur.

Classiquement, pour être originale, l'œuvre doit porter « l'empreinte de la personnalité de son auteur ». En d'autres termes, l'œuvre sera dite originale si elle porte la subjectivité de l'auteur qui en est à l'origine, si elle résulte de l'arbitraire de l'auteur ou encore si elle n'est pas le fruit d'un processus automatique.

Cette conception traditionnelle de l'œuvre de l'esprit a semblé difficile à transposer à cette nouvelle catégorie d'œuvre de l'esprit, le logiciel.

***-* Cette notion d'originalité n'est pas définie par la loi.**

La directive communautaire du 14 mai 1991 présente quelques éléments d'appréciation de cette originalité appliquée au logiciel :

Le logiciel est original s'il résulte d'« une création intellectuelle propre à son auteur » ;

La directive précise encore qu'« aucune évaluation de la qualité ou de la valeur esthétique du programme » ne doit être prise en compte ; « aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si [le logiciel] peut bénéficier d'une protection ».

Voir sur le site « Legalis » un grand nombre de décisions concernant les logiciels, les bases de données...

⇒ <http://www.legalis.net>

***-* Cette appréciation de l'originalité du logiciel reste l'objet de vives controverses dans la jurisprudence et la doctrine.**

Deux approches peuvent être relevées.

La première, objective, consiste à soutenir que le logiciel est original lorsqu'il relève d'un effort intellectuel.

⁵ Voir les fiches générales du Ministère de la Culture sur le droit d'auteur : <http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/index.htm>

La seconde, subjective consiste à soutenir que le logiciel est original quand il traduit la personnalité de l'auteur, dans la phase d'analyse et de programmation.

Jurisprudence : la détermination de l'originalité d'un logiciel passe (souvent... essentiellement ?) par une expertise judiciaire

Cour d'appel de Paris, 17 septembre 2008, 07/10382 (numéro de l'affaire qui permet de retrouver la décision intégrale sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>)

Le défendeur soutient que le logiciel en cause n'est pas original

« Considérant que (...) la société SFR prétend que le logiciel litigieux ne saurait être, du fait de l'absence de toute originalité, éligible à la protection instituée au Livre I du Code de la propriété intellectuelle, en faisant valoir que celui-ci serait un simple exécutable, c'est-à-dire une ligne de commande permettant d'installer des fichiers, dont la programmation est très simple et automatique ;

Qu'à l'appui de ce moyen tiré du défaut d'originalité, la société appelante entend se prévaloir d'un avis formulé par Serge B..., expert en informatique, qui après avoir examiné d'un point de vue technique le fichier AUTORUN.EXE et son rôle sur le CD-ROM, indique qu'il s'agirait d'un simple fichier d'auto-démarrage du CD-ROM permettant de démarrer automatiquement un CD Rom dès son introduction dans le lecteur de l'ordinateur et de conclure que la fonction d'ouverture automatique de fichiers opérée par le programme AUTORUN.EXE présent sur les 2 CD-ROM, doit donc être vue comme dénuée d'originalité et n'ayant pas nécessité d'effort de création »

Le demandeur soutient au contraire que le programme est original

« Que la société EDIRECT réplique que son logiciel se présenterait sous la forme d'un programme encodé, en interne, en utilisant le langage de programmation C++ et celui de WINDOWS, nullement automatique et composé de plusieurs séries de commandes processeurs résultant de la compilation de lignes de code ayant nécessité un temps passé conséquent afin de résoudre les BUGS découlant des différentes versions de Windows, de sorte qu'il s'agirait d'un exécutable spécifique »

La Cour a besoin d'une expertise technique

« Considérant que les parties s'opposant sur des données purement techniques dont la Cour n'est pas à même d'apprécier la pertinence, il convient de recourir à une mesure d'expertise, suivant les modalités prévues au dispositif du présent arrêt (...) ».

Jurisprudence : exemples de décisions caractérisant l'originalité d'un logiciel

Cour de cassation, 7 mars 1986, n°83-10477

« ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par Monsieur X... étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, et abstraction faite des motifs ci-dessus cités, critiqués par le pourvoi, la Cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par Monsieur X... portaient la marque de son apport intellectuel ».

Tribunal de Grande Instance de Paris, 8 juillet 1987

« Il convient de définir le logiciel protégé comme une structure individualisée et originale, résultant d'un effort

personnalisé et portant la marque de l'apport intellectuel de son auteur ; Attendu qu'en l'espèce, il résulte des documents versés aux débats qu'il s'agit de logiciels protégés car originaux, leurs auteurs ayant fait preuve à l'évidence, d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante »

Tribunal de commerce de Bobigny, 20 janv. 1995

« Il convient de noter que la notion d'originalité d'une œuvre, en particulier d'un logiciel, ne peut s'entendre que de manière subjective, comme l'empreinte de la personnalité du créateur. Cette empreinte étant à découvrir à partir des choix possibles qui lui sont offerts. L'originalité doit se percevoir au travers de la marque d'un apport intellectuel impliquant un seuil minimum de créativité, un apport de nouveauté allant au-delà de la mise en œuvre d'une logique automatique ».

Cour de cassation, 9 septembre 2003, n°02-87098

Moyen de défense dans un procès en contrefaçon : soutenir que le logiciel n'est pas protégeable, donc pas « original ».

« L'argument tiré de l'absence de création dans le logiciel de Pascal Z... par défaut d'originalité, pour soutenir qu'il était en tout état de cause impossible de commettre le délit de contrefaçon, ne résiste pas à l'analyse ;

Aux termes de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle : "sont considérées notamment comme des œuvres de l'esprit au sens du présent Code ... 13°- les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire" ;

Il s'en déduit qu'à partir du moment où le logiciel a une existence physique, même au stade de l'écriture du "texte" en langage évolué, il bénéficie d'une protection légale dans la mesure où il s'agit d'une création de l'esprit présentant un caractère original. L'appréciation des éléments du logiciel permet de déterminer le caractère original du logiciel contrefait.

En l'espèce, il résulte de l'expertise judiciaire que le logiciel Self-Card de Pascal Z... n'est pas la simple mise en œuvre d'une logique préexistante de données déjà organisées. Sa création a consisté à instaurer une logique à partir de tâches à accomplir, à traduire cette logique en données, à bâtir le traitement automatique de ces données et à ordonner cet ensemble dans une architecture.

Il s'agit là de choix créatifs caractéristiques de véritables programmes.

L'on observera d'ailleurs que les prévenus se sont livrés à une critique en règle des choix de Pascal Z..., expliquant qu'ils avaient dû procéder dans l'urgence à l'élaboration du logiciel "Multiservices DMI sous Windows" précisément en raison des défauts et des carences du logiciel de Pascal Z... qui résultaient des choix de ce dernier, contestables selon eux.

Il convient de rappeler que la discussion de l'originalité dans la créativité, à l'image d'une création littéraire ou picturale (interdiction de l'appréciation de la valeur esthétique), ne peut aller jusqu'à l'appréciation de la valeur du choix, de mauvais choix dans l'organisation du traitement des données pouvant néanmoins constituer un logiciel original donc protégé.

Le caractère original du logiciel Self Card de Pascal Z... est établi et la preuve de la culpabilité de François X... de s'être rendu coupable du délit de contrefaçon (...) est suffisamment rapportée.

***-* L'obtention du droit d'auteur ne requiert aucune formalité de dépôt.** Une œuvre est protégée du seul fait de sa création.

L'apposition de la mention « copyright » ou de son abrégé © est inutile en France et en Europe.

Cette mention s'impose cependant aux Etats Unis (et dans quelques autres pays) où des formalités de dépôt du logiciel sont exigées.

Afin de concilier les deux approches, la Convention⁶ de Genève sur le droit d'auteur de 1952 oblige les Etats imposant un formalisme de considérer ces exigences satisfaites si l'œuvre est publiée avec le symbole © accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et l'indication de l'année de première publication - d'où cette pratique en France ou en Europe.

- Il faut noter que la loi du 20 juin 1992 prévoit **l'obligation de déposer** : *« les progiciels, les bases de données, les systèmes-expert et les autres produits de l'intelligence artificielle sont soumis à l'obligation de dépôt légal dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support ».*

Ce dépôt n'est en aucune manière une condition de protection du logiciel.

La loi a renvoyé à un décret pour les modalités de dépôt, lequel a confié à une Commission le soin de déterminer les logiciels concernés par le dépôt légal.

Cette Commission n'a jamais réussi à s'entendre sur ces critères de sorte que ce dépôt légal est aujourd'hui en pratique difficilement mis en œuvre par la Bibliothèque Nationale de France, l'organisme⁷ dépositaire.

***-* En matière de logiciel, il est fortement recommandé de procéder à un dépôt privé volontaire.**

Quand il s'agit d'opposer un logiciel à un tiers, particulièrement dans le cadre d'une action en contrefaçon, il devient souvent impérieux de pouvoir établir qu'à telle date, le logiciel existait.

La solution du litige peut en dépendre quand il s'agit de reprocher à un tiers la copie de son logiciel.

L'auteur d'un logiciel peut ainsi, en pratique, effectuer un dépôt de son logiciel (codes sources et documentation) auprès d'un notaire⁸, d'un huissier, d'organismes privés⁹...

2.1.2 Etendue de la notion de « logiciel »

- L'arrêté du 22 décembre 1981 définit le logiciel comme : *« un ensemble de programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation relatif au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ».*

Le terme de logiciel n'est pas cependant défini par le Code de la propriété intellectuelle qui encadre sa protection légale.

⁶ Convention de Genève (article 3) : <http://portal.unesco.org/fr/>

⁷ <http://www.bnf.fr/pages/infopro/depotleg/depotleg.htm>

⁸ Voir par exemple le service proposé par la Chambre des notaires de Paris : <http://www.paris.notaires.fr/hpr.php?CID=455>

⁹ Voir, par exemple, l'Agence pour la Protection des Programmes : <http://app.legalis.net/>

La notion de « logiciel » reste ainsi générique. Elle inclut tous les types de logiciel, quelque soit les besoins qu'ils remplissent (système d'exploitation, applicatifs, etc.). Elle désigne le « programme » constitué du code source, du code objet et du code exécutable.

- Le logiciel peut comprendre d'autres éléments préexistants (i) au développement du logiciel, préparatoires à son développement (ii) et des éléments qui en sont issus (iii) au-delà du programme à proprement parler.

(i) Éléments préexistants au développement

- **Les langages de programmation**

Les langages se caractérisent par l'usage de lettre, de nombres, de symboles qui permettent d'établir le code source du logiciel.

La protection de langages de programmation peut diviser.

L'élaboration, ex nihilo, d'un langage doit pouvoir répondre aux conditions de protection du droit d'auteur, d'empreinte de la personnalité de l'auteur. L'octroi d'une telle protection ne pourrait cependant, d'un point de vue économique, que nuire au développement du marché des logiciels.

- **Les fonctionnalités**

Les fonctionnalités d'un logiciel sont en principe exclues de la protection par le droit d'auteur. Elles relèvent du domaine des idées qui sont dites de libre parcours. On ne peut en effet s'approprier une idée en elle-même.

(ii) Éléments préparatoires au développement

- **Le cahier des charges**

Le cahier des charges vise à définir les besoins du client, dans le cadre par exemple d'un développement de logiciel spécifique.

Il ne bénéficie pas, à proprement parler de la protection accordée au logiciel. Il n'est pas considéré comme en faisant partie. Par contre, il est clair que le cahier des charges peut bénéficier de la protection accordée pour toute œuvre littéraire, si naturellement les conditions sont remplies.

- **Le matériel de conception préparatoire**

Ce document présente les spécifications du logiciel et son architecture. Il est expressément inclus dans la protection accordée au logiciel y afférent (article L. 112-2-13° du CPI).

(iii) Éléments issus du développement

- **La documentation**

La documentation technique associée au logiciel bénéficie expressément de la protection du logiciel correspondant.

La documentation de l'utilisateur ne bénéficie pas de cette protection automatique ; il faut alors qu'elle réponde aux exigences du droit d'auteur pour bénéficier d'une protection comme toute autre œuvre littéraire.

- **L'interface**

L'interface peut être définie comme l'ensemble des moyens pour permettre un dialogue entre le logiciel et son utilisateur.

La question de leur protection par le droit d'auteur divise.

Il y a toutefois une nette tendance à refuser toute protection au titre du droit d'auteur, même si l'on ne peut pas l'exclure par principe.

- **Le « look & feel »**

Il s'agit de la forme dans laquelle le logiciel apparaît à l'écran.

Là encore, cette question divise. Il y a toutefois une nette tendance à refuser toute protection au titre du droit d'auteur, même si l'on ne peut pas l'exclure par principe.

2.2 La titularité des droits

Le logiciel est éligible à la protection au titre du droit d'auteur, se pose alors la question de l'attribution des droits.

L'article L. 111-1 du CPI consacre un grand principe du droit d'auteur : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous* ».

Autrement dit, le titulaire des droits d'auteur est l'auteur... ce qui présente une certaine logique.

En matière de logiciel, cela va dépendre des conditions de création du logiciel.

2.2.1 *Création indépendante, seul ou à plusieurs*

Si le logiciel résulte du travail d'une seule personne, en dehors de tout cadre contractuel (contrat de commande, contrat de travail, etc.), les droits sur le logiciel lui appartiennent.

Si le logiciel résulte du travail de plusieurs personnes, en dehors de tout cadre contractuel (contrat de commande, contrat de travail, etc.), chacune de ces personnes est co-auteur du logiciel.

Le logiciel est placé ainsi dans un régime de copropriété.

Aucune disposition légale n'encadre cette copropriété ; les co-auteurs devront s'entendre afin d'exploiter le logiciel.

Il peut être dès lors utile d'envisager les modalités d'exploitation du logiciel à créer, dans une telle circonstance, avant de commencer le développement. A défaut d'entente entre les co-auteurs, l'exploitation du logiciel peut être compromise.

2.2.2 *Création salariée*

- Le plus souvent, le logiciel sera créé par un ou plusieurs salariés.

Dans ce cas, l'article L. 113-9 du CPI est susceptible de s'appliquer : « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs*

employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer. Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur. Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif. »

Ainsi, si le salarié ou les salariés ont créés le logiciel sur « **instructions de leur employeur** » ou dans « **l'exercice de leurs fonctions** », les droits sont automatiquement transférés à l'employeur.

Il n'y a donc pas lieu de prévoir dans le contrat de travail des dispositions en ce sens.

Par contre, le contrat de travail (notamment) peut déroger à cet article L. 113-9 du CPI et prévoir d'autres modalités (d'exploitation des droits, par exemple, entre l'employeur et le salarié).

2.2.3 Création de commande

Le bon sens serait d'admettre que celui qui commande une œuvre, par exemple un logiciel, acquiert les droits sur cette œuvre, *a fortiori* si cette commande s'effectue à titre onéreux.

Ce bon sens est pourtant à l'origine de nombre de litiges en matière de développement informatique.

En effet, les droits sur le logiciel développé restent à l'entreprise (par exemple) qui l'a développé, ce qui est confirmé par une jurisprudence constante.

Du point de vue du client au moins, il est donc impératif de prévoir contractuellement les droits qu'il souhaite acquérir.

Du point de vue du développeur, il est préférable d'évoquer cette question afin d'éviter toute ambiguïté, source de tensions et de litiges, et le risque d'interprétation de l'intention des parties à partir de documents échangés.

2.2.4 La création sous « licence libre »

- Il peut arriver, très fréquemment en définitive, que le développeur utilise des éléments (logiciels, modules, etc.) appartenant à des tiers.

Si ces éléments sont placés sous licence « propriétaire », il devra ce rapprocher de l'éditeur afin d'être autorisé, par exemple, à modifier le logiciel, l'incorporer dans un autre logiciel.

La licence de base « propriétaire » ne permet le plus souvent que d'utiliser le logiciel et rien d'autre. Chaque éditeur propose sa propre « licence propriétaire », d'où une profusion des cas possibles.

On distingue cependant dans les logiciels propriétaires des variantes : les « freewares » et les « sharewares ». Ils sont distribués sous forme de codes exécutables.

Dans le premier cas, l'utilisation est gratuite ; dans le second cas, l'utilisation est gratuite pendant un temps avant d'être payante. Dans tous les cas, il n'y a pas d'autorisation de modification du logiciel.

- La plupart des éditeurs proposent des logiciels sous une « licence libre » spécifique, ce qui conduit à multiplier les licences « libres ».

Les éditeurs sont toutefois animés par une volonté de garder la maîtrise de l'exploitation à venir du logiciel.

Une solution rencontrée est de diffuser la version récente d'un logiciel sous licence propriétaire et la version antérieure sous licence libre. L'éditeur profite ainsi des modifications de la communauté.

Une autre solution rencontrée est de placer le logiciel sous une licence ne permettant pas sa redistribution commerciale (ex. licence QPL).

- Les développeurs utilisent très fréquemment des logiciels placés sous « licence libre », notamment pour des considérations financières (gain de temps et d'argent).

Les codes sources des logiciels sont en effet mis à la disposition de la collectivité qui peut les modifier à volonté et redistribuer les modifications.

Pour l'éditeur du logiciel, ce système permet :

- de corriger des dysfonctionnements,
- de le distribuer plus largement.

L'inconvénient pour l'éditeur est qu'il lui est difficile de retirer un profit direct. Il va toutefois pouvoir en réaliser en proposant des services annexes : assistance, formation, etc.

- Cette mise à disposition des codes sources du logiciel libre est accomplie systématiquement sous la réserve des termes d'une licence.

Ces licences sont des contrats entre l'auteur ou l'éditeur du logiciel et ses utilisateurs.

Il existe de grandes variantes de « licences libres » avec des degrés de libertés.

(i) Quelques définitions

- L'expression « **logiciel libre** » est en principe un logiciel fourni en codes sources et dont il est permis de l'utiliser, de le copier, de distribuer sous sa forme originale ou modifiée. Il existe différentes licences (cf. ci-après).

Parfois le terme « libre » associé à un logiciel peut être trompeur et ne désigner que sa gratuité (freeware), d'où l'importance de vérifier systématiquement les conditions de distribution du logiciel.

_ L'expression « **logiciel open source** » est parfois utilisée à la place de « logiciel libre ». Il désigne également parfois des logiciels placés sous des licences légèrement différentes.

- L'expression de « **logiciel du domaine public** » désigne un logiciel qui n'est pas ou plus protégé par le droit d'auteur. Il ne s'agit de « logiciel libre » dans la mesure où le code source n'est pas nécessairement accessible et les logiciels dérivés peuvent être propriétaires.

- L'expression de « **logiciel copylefté** » (**par référence au « copyright »**) désigne un logiciel libre placé sous une licence imposant que toutes les versions du logiciel libre restent libres.

Il n'est pas possible de rajouter des conditions nouvelles à la licence initiale du logiciel libre.

- L'expression de « **logiciel non copylefté** » (**par référence au « copyright »**) désigne un logiciel libre placé sous une licence permettant de rajouter des conditions.

(ii) Les licences les plus connues

Il y a une grande diversité de licences sans qu'il puisse être possible de les présenter rigoureusement et en détails. En voici quelques exemples parmi les plus connues.

a. La licence « BSD » (Berkeley Software Distribution)

Elle est apparue en 1974 et avait vocation à permettre la libre redistribution des logiciels élaborés par l'Université Berkeley.

C'est une licence très minimaliste qui autorise sans restriction la redistribution du logiciel et la création de produits dérivés.

La principale contrainte : faire apparaître les auteurs du logiciel original ; faire référence à la licence BSD.

Le risque de cette licence est de « propriétaireiser » le logiciel dérivé.

b. La licence « GPL » (General Public License)

. Cette licence (sous copyleft) a été mise au point par Richard Stallman, un activiste de la licence libre dans les années 1970.

. Elle permet de garantir quatre « libertés fondamentales », selon Stallman, qui définit un logiciel réellement libre :

- Liberté d'exécuter le logiciel pour tous les usages ;
- Liberté d'étudier le programme et de l'adapter à ses besoins (accès aux sources) ;
- Liberté de redistribuer le logiciel sans limites de copies ;
- Liberté de rendre publique les améliorations et d'en faire profiter la communauté.

Elle impose de redistribuer les modifications effectuées sous licence GPL.

Sous cette licence, il n'est pas possible ainsi de « propriétaireiser » un logiciel dérivé d'un logiciel libre.

Cette licence GPL est dite « contagieuse » car elle revient à rendre libre tout logiciel utilisant un code GPL, même très partiellement. Tout le logiciel doit ainsi reposer sur du code libre.

De cette façon, la communauté profite des modifications.

Extraits du préambule¹⁰ de la version 3 de la licence GPL du 29 juin 2007 :

« Préambule

La Licence Publique Générale GNU ("GNU General Public License") est une licence libre, en "copyleft", destinée aux œuvres logicielles et d'autres types de travaux.

Les licences de la plupart des œuvres logicielles et autres travaux de pratique sont conçues pour ôter votre liberté de partager et modifier ces travaux.

En contraste, la Licence Publique Générale GNU a pour but de garantir votre liberté de partager

¹⁰ <http://www.rodage.org/gpl-3.0.fr.txt> (traduction non officielle).

et changer toutes les versions d'un programme — afin d'assurer qu'il restera libre pour tous les utilisateurs.

Nous, la Free Software Foundation, utilisons la Licence Publique Générale GNU pour la plupart de nos logiciels ; cela s'applique aussi à tout autre travail édité de cette façon par ses auteurs. Vous pouvez, vous aussi, l'appliquer à vos propres programmes.

Quand nous parlons de logiciel libre (“free”), nous nous référons à la liberté (“freedom”), pas au prix. Nos Licences Publiques Générales sont conçues pour assurer que vous avez la liberté de distribuer des copies de logiciel libre (et le facturer si vous le souhaitez), que vous receviez le code source ou pouviez l'obtenir si vous le voulez, que vous pouviez modifier le logiciel ou en utiliser toute partie dans de nouveaux logiciels libres, et que vous sachiez que vous avez le droit de faire tout ceci.

Pour protéger vos droits, nous avons besoin d'empêcher que d'autres vous restreignent ces droits ou vous demandent de leur abandonner ces droits. En conséquence, vous avez certaines responsabilités si vous distribuez des copies d'un tel programme ou si vous le modifiez : les responsabilités de respecter la liberté des autres.

Par exemple, si vous distribuez des copies d'un tel programme, que ce soit gratuit ou contre un paiement, vous devez accorder aux Destinataires les mêmes libertés que vous avez reçues. Vous devez aussi vous assurer qu'eux aussi reçoivent ou peuvent recevoir son code source. Et vous devez leur montrer les termes de cette licence afin qu'ils connaissent leurs droits.

Les développeurs qui utilisent la GPL GNU protègent vos droits en deux étapes : (1) ils affirment leur droits d'auteur (“copyright”) sur le logiciel, et (2) vous accordent cette Licence qui vous donne la permission légale de le copier, le distribuer et/ou le modifier.

Pour la protection des développeurs et auteurs, la GPL stipule clairement qu'il n'y a pas de garantie pour ce logiciel libre. Aux fins à la fois des utilisateurs et auteurs, la GPL requière que les versions modifiées soient marquées comme changées, afin que leurs problèmes ne soient pas attribués de façon erronée aux auteurs des versions précédentes.

Certains dispositifs sont conçus pour empêcher l'accès des utilisateurs à l'installation ou l'exécution de versions modifiées du logiciel à l'intérieur de ces dispositifs, alors que les fabricants le peuvent. Ceci est fondamentalement incompatible avec le but de protéger la liberté des utilisateurs de modifier le logiciel. L'aspect systématique de tels abus se produit dans le secteur des produits destinés aux utilisateurs individuels, ce qui est précisément ce qui est le plus inacceptable. Aussi, nous avons conçu cette version de la GPL pour prohiber cette pratique pour ces produits. Si de tels problèmes surviennent dans d'autres domaines, nous nous tenons prêt à étendre cette restriction à ces domaines dans de futures versions de la GPL, autant qu'il sera nécessaire pour protéger la liberté des utilisateurs.

Finalement, chaque programme est constamment menacé par les brevets logiciels.

Les États ne devraient pas autoriser de tels brevets à restreindre le développement et l'utilisation de logiciels libres sur des ordinateurs d'usage général ; mais dans ceux qui le font, nous voulons spécialement éviter le danger que les brevets appliqués à un programme libre puisse le rendre effectivement propriétaire. Pour empêcher ceci, la GPL assure que les brevets ne peuvent être utilisés pour rendre le programme non-libre. »

c. La licence « creative commons »

Cette licence permet de reproduire, de distribuer et de communiquer le logiciel (mais également d'autres créations : texte, film, photo, musique...).

Elle permet cependant de se réserver les exploitations commerciales, les œuvres dérivées et d'imposer certaines restrictions.

Présentation de la licence¹¹ sur le site officiel :

« Les conditions communes à tous les contrats :

- *Offrir une autorisation non exclusive de reproduire, distribuer et communiquer l'œuvre au public à titre gratuit, y compris dans des œuvres dites collectives.*
- *Faire apparaître clairement au public les conditions de la licence de mise à disposition de cette création, à chaque utilisation ou diffusion.*
- *Chacune des conditions optionnelles peut être levée après l'autorisation du titulaire des droits.*
- *Les exceptions au droit d'auteur ne sont en aucun cas affectées.*
- *Il est interdit d'utiliser des mesures techniques contradictoires avec les termes des contrats.*
- *Le partage de fichiers (peer-to-peer) n'est pas considéré comme une utilisation commerciale. »*

Cette licence permet d'imposer des restrictions :

- *« **Paternité** : l'œuvre peut être librement utilisée, à la condition de l'attribuer à son l'auteur en citant son nom.*
- ***Pas d'Utilisation Commerciale** : le titulaire de droits peut autoriser tous les types d'utilisation ou au contraire restreindre aux utilisations non commerciales (les utilisations commerciales restant soumises à son autorisation).*
- ***Pas de Modification** : le titulaire de droits peut continuer à réserver la faculté de réaliser des œuvres de type dérivées ou au contraire autoriser à l'avance les modifications, traductions...*
- ***Partage à l'Identique des Conditions Initiales** : à la possibilité d'autoriser à l'avance les modifications peut se superposer l'obligation pour les œuvres dites dérivées d'être proposées au public avec les mêmes libertés (sous les mêmes options Creative Commons) que l'œuvre originale. »*

d. La licence « CeCILL »

Cette licence a été créée par le Commissariat à l'Energie Atomique, le CNRS et l'INRIA.

Elle permet de garantir aux créateurs et utilisateurs de logiciel le respect du droit français (responsabilité civile, propriété intellectuelle). Elle désigne ainsi un droit applicable (le droit français) et encadre la responsabilité et les garanties.

Elle permet encore de garantir le respect des principes du logiciel libre (les 4 principes : libre accès, libre utilisation, libre modification, libre redistribution), de garantir la compatibilité avec la licence GPL (c'est la licence GPL qui l'emporte).

¹¹ <http://fr.creativecommons.org/contrats.htm>

Exemple de l'article 3 :

« Le Licencié peut inclure un code soumis aux dispositions d'une des versions de la licence GNU GPL dans le Logiciel modifié ou non et distribuer l'ensemble sous les conditions de la même version de la licence GNU GPL.

Le Licencié peut inclure le Logiciel modifié ou non dans un code soumis aux dispositions d'une des versions de la licence GNU GPL et distribuer l'ensemble sous les conditions de la même version de la licence GNU GPL. »

Exemple de l'article 8 :

« 8.1 Sous réserve des dispositions de l'article 8.2, le Licencié a la faculté, sous réserve de prouver la faute du Concédant concerné, de solliciter la réparation du préjudice direct qu'il subirait du fait du Logiciel et dont il apportera la preuve.

8.2 La responsabilité du Concédant est limitée aux engagements pris en application du Contrat et ne saurait être engagée en raison notamment :

- (i) des dommages dus à l'inexécution, totale ou partielle, de ses obligations par le Licencié,*
- (ii) des dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation ou des performances du Logiciel subis par le Licencié et*
- (iii) plus généralement d'un quelconque dommage indirect. En particulier, les Parties conviennent expressément que tout préjudice financier ou commercial (par exemple perte de données, perte de bénéfices, perte d'exploitation, perte de clientèle ou de commandes, manque à gagner, trouble commercial quelconque) ou toute action dirigée contre le Licencié par un tiers, constitue un dommage indirect et n'ouvre pas droit à réparation par le Concédant ».*

(iii) Les risques liés à l'utilisation des logiciels libres

Risques liés à une violation d'une licence

- La multiplication de ces licences libres et des développements sous « licence libre » génèrent de sérieuses questions quant à l'application de ces licences et la sanction en cas de non respect.

Depuis quelques années, plusieurs décisions ont été rendues en sanctionnant la violation de licences libres.

Jurisprudence : Cour d'appel de Paris, 16 septembre 2009

La Cour d'appel a condamné la société EDU4 pour ne pas avoir fourni à son client, l'AFPA, les sources du logiciel libre modifié par ladite société et pour avoir supprimé le texte de la licence GNU GPL.

Extraits de l'arrêt¹² :

« *Considérant que l'AFPA reproche à la société EDU 4, non pas d'avoir utilisé un logiciel libre, mais de lui avoir présenté (...) une solution qui :*

- *ne faisait pas mention dans la composition du produit livré de la présence du logiciel libre VNC ;*
- *intégrait de manière cachée, dans le logiciel Référence Symphonie, une version modifiée du logiciel VNC ;*
- *avoir fait disparaître les copyrights originaux de VNC en les remplaçant par le sien ;*
- *avoir supprimé le texte de la licence originale de VNC, en violation des termes de la licence GNU GPL couvrant le logiciel VNC, livrant ainsi un produit contrefait (...) ».*

Cette décision illustre la nécessité de respecter les termes des licences libres, notamment dans ses rapports avec ses clients.

. Récemment, il a été révélé¹³ dans le mois de novembre 2009 que MICROSOFT a violé la licence GPL 2 dans un utilitaire associé à Windows 7 qui permet de créer une clé USB d'installation. Or, les codes sources de l'utilitaire n'avaient pas été communiqués. Microsoft a admis avoir violé cette licence. L'utilitaire a été remis en ligne dans le respect de la licence GPL.

La société FREE est accusée¹⁴ d'utiliser des logiciels libres, sous licence GPL, mais sans le déclarer.

Risques liés à la rédaction des licences

. La plupart des licences comportent une clause d'exonération de garantie et de responsabilité. D'où la position de certains de considérer qu'elles ne sont pas tout à fait légales en France ; comme par exemple la clause d'exclusion de garantie du GPL, valable au regard du droit américain et non à l'égard du droit français.

En droit français, le code de la consommation est susceptible de faire échec à ce genre de clauses

L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit, par exemple, que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »

La licence GPL est probablement abusive parce elle est fournie « *sans aucune garantie de quelque nature que ce soit* ».

¹² Extrait du site <http://fsffrance.org/> (<http://fsffrance.org/news/article2009-09-22.fr.html>)

¹³ <http://www.clubic.com/actualite-310924-microsoft-viole-licence-gplv2-sein-windows.html>

¹⁴ <http://www.numerama.com/magazine/5627-Free-mis-sous-ultimatum-de-respecter-le-logiciel-libre.html>

Risques liés à la vérification de l'étendue des licences

Si le but est d'intégrer des composants libres dans des logiciels propriétaires, il faut impérativement vérifier en cours (avant ?) de développement le risque d' « appropriation » :

- certaines licences (GPL) ne permettent pas à l'utilisateur de s'approprier les améliorations
- d'autres permettent une appropriation partielle (Mozilla Public License)
- d'autres permettent une appropriation (BSD...).

Il faut également vérifier la compatibilité des licences en s'assurant de la possibilité d'intégrer des composants provenant de licences différentes (la GPL a la plus forte capacité d'intégration).

Les entreprises peuvent limiter ces risques en confiant le développement de logiciels avec des composants libres (moins coûteux) à un prestataire tiers qui prendra en charge ces risques en acceptant une clause de garantie et responsabilité... D'autres peuvent recourir à des assurances spécialisées.

2.3 Les droits d'auteur attribués

L'objet du droit d'auteur et l'auteur identifiés, il reste à étudier les droits accordés.

L'auteur du logiciel bénéficie de prérogatives d'ordre patrimonial et d'ordre moral.

2.3.1 *Les droits patrimoniaux et moraux*

- Le titulaire des droits patrimoniaux dispose d'un monopole¹⁵ de :

- de reproduction du logiciel, c'est-à-dire le droit de le fixer sur un support matériel ;
- de représentation du logiciel, c'est-à-dire le droit d'affichage du logiciel ;
- de traduction, d'arrangement et de modification, autrement dit le droit de faire une œuvre dérivée du logiciel ;
- de mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux, autrement dit le droit de commercialiser le logiciel (une fois commercialisé, l'auteur du logiciel ne peut empêcher la circulation du logiciel, la revente du support par exemple).

L'auteur peut se déposséder de ses droits patrimoniaux.

- Les droits moraux¹⁶ sont :

- le droit de paternité, c'est-à-dire le droit de faire mention du nom de l'auteur ;
- le droit de divulgation, c'est-à-dire le droit de décider de dévoiler l'œuvre au public ;
- le droit au respect de l'œuvre, c'est-à-dire le droit d'empêcher un tiers de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre, du logiciel ;
- le droit de repentir ou de retrait.

L'auteur ne peut pas se déposséder de ses droits, ils sont dits « perpétuels », « inaliénables », « imprescriptibles » (i.e. non limités dans le temps).

- L'auteur jouit des droits d'auteur (patrimoniaux) toute sa vie durant¹⁷ et ses héritiers bénéficient de ses droits 70 ans après sa mort.

¹⁵ Article L. 122-6 du CPI : sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser : 1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ; 2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ; 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire.

¹⁶ Article L. 121-1 du CPI. L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires.

2.3.2 *Les limites de ces droits*

- L'auteur ne peut interdire¹⁸ la **copie de sauvegarde** du logiciel quand elle est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel.

Dès lors que l'utilisateur a reçu une copie de sauvegarde, la jurisprudence considère qu'il est rempli de son droit à procéder à une copie de sauvegarde du logiciel.

- L'auteur ne peut pas interdire la **décompilation** du logiciel.

Cette question divise les acteurs économiques :

- d'un côté cette pratique permet d'assurer l'interopérabilité entre les logiciels ;
- d'un autre côté, elle peut favoriser des comportements déloyaux de concurrents animés d'une volonté de détourner le travail accompli par l'auteur du logiciel.

En tout état de cause, la loi autorise la décompilation du logiciel si elle est « *indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité du logiciel* » et si :

- cet acte est accompli par une personne autorisée à utiliser le logiciel ;
- si les informations recherchées n'ont pas été rendues facilement et rapidement accessibles ;
- si cet acte est limité à la partie du logiciel nécessaire à l'interopérabilité.

L'utilisateur peut intervenir sur le logiciel pour permettre son utilisation, en corrigeant par exemple des erreurs, si l'auteur ne s'est pas réservé cette intervention.

***-* L'exemple de Microsoft illustre le rôle actif que doit tenir l'éditeur sur cette question de l'interopérabilité du logiciel.**

Le 21 février 2008, Microsoft a publié un communiqué présentant quatre principes d'interopérabilité que la société s'est engagée à : garantir l'ouverture et l'accès à ses produits, promouvoir la portabilité des données, améliorer les standards de l'industrie, favoriser les pratiques collaboratives comme le développement de l'interopérabilité avec des solutions libres.

En pratique, cet engagement s'est traduit par la mise à disposition en ligne d'une documentation technique. Il s'est traduit également par la possibilité, dans la version Office 2007, de lire, de créer, modifier et enregistrer des documents sous de nouveaux formats : Open Document Format (ODF), PDF, XML.

¹⁷ Article L. 123-1 du CPI : L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent.

¹⁸ Article L. 122-6-1. I. : Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs. Toutefois, l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

TITRE 2 – LA BASE DE DONNEES

1. LA PROTECTION DES DONNEES

L'article L. 112-3 du CPI définit la notion de base de données comme : « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* ».

La base de données est ainsi nécessairement constituée de données (sic). Ces données peuvent présenter plusieurs caractéristiques. Elles peuvent être protégées par un droit privatif ou non. Elles peuvent présenter encore un caractère personnel.

1.1 Les données appartenant à l'auteur de la base de données

Si les données composant la base de données et créées par l'auteur de la base relèvent d'une œuvre de l'esprit, ces données sont en tant que telles protégées par le droit d'auteur.

1.2 Les données couvertes par un droit privatif appartenant à un tiers

- Les données couvertes par un droit privatif ne peuvent être, en principe, librement utilisées.

Il en va ainsi des œuvres protégées par le droit d'auteur dont la reproduction au sein d'une base de données suppose l'autorisation préalable de l'auteur ou de son ayant cause.

Si l'on prend l'exemple du droit d'auteur, l'article L. 122-5 du CPI prévoit toutefois des exceptions qui rendent inutiles la demande d'autorisation : courtes citations, revues de presse, discours publiques...

- Certaines données peuvent être protégées par un droit privatif et pour autant être « librement utilisées » si le titulaire des droits a consenti à l'abandon de ses droits.

Il est ici fait références aux œuvres dites « libres de droit » qui fleurissent sur de nombreux sites internet.

Ces types de données doivent néanmoins faire l'objet d'une attention particulière.

Sauf à pouvoir vérifier que cette mention « libre de droit » émane bien du titulaire du droit, il y a un risque que l'auteur n'ait pas consenti en réalité à abandonner ses droits, d'une part.

Il y a également un risque, d'autre part, à ne pas observer attentivement cette liberté accordée aux tiers qui peut être assortie de conditions particulières ; il est fréquent, par exemple, que les œuvres dites « libres de droit » soient exclues de tout usage non commercial.

- A contrario, les données non couvertes par un droit privatif peuvent être en principe librement utilisées.

Il en va ainsi des créations non protégées par un quelconque droit de propriété intellectuelle ou encore les œuvres tombées dans le domaine public (parce que leur durée de protection est terminée).

Il en va encore ainsi des données du « domaine public », telles que les actes officiels, la loi, la jurisprudence, etc.

1.3 Les données à caractère personnel

***.* Certaines données ne sont pas protégées par un droit privatif (droit d'auteur, par exemple) mais peuvent faire l'objet d'une interdiction de collecte ou d'une restriction d'utilisation.**

Il en va ainsi des données personnelles dont la collection et l'utilisation sont encadrées par la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés », modifiée par la loi du 6 août 2004.

A la fin des années 1970, l'informatique a pu apparaître comme une menace pour les libertés publiques dans la mesure où elle facilitait, par exemple, la collecte de données personnelles et leur exploitation à des fins légitimes ou non.

Aujourd'hui, le débat se porte particulièrement sur les enjeux des nanotechnologies¹⁹.

Il n'est pas ici question d'évoquer en détails ce cadre légal, mais seulement quelques grands principes fondamentaux.

***.* Les données sont dites « personnelles » quand elles permettent d'identifier une personne physique directement ou indirectement.**

Ce cadre législatif ne protège donc pas les personnes morales.

Sont ainsi considérées comme des données personnelles : les noms et prénoms, les adresses postales ou électroniques, les numéros de téléphones, les images de personnes, etc.

Cette notion de « donnée personnelle » est en constante évolution.

En témoigne, par exemple, le cas de l'adresse IP d'un ordinateur qui a été considérée, dans un premier temps, comme une donnée non personnelle²⁰. Aujourd'hui, il y a une tendance à considérer l'adresse IP comme une véritable donnée personnelle²¹ permettant d'identifier une personne physique, notamment en raison de la pression exercée sur les fournisseurs d'accès à internet afin de les contraindre à divulguer les correspondances entre les adresses IP et leurs abonnés.

La loi ne s'applique pas ainsi aux données « anonymes ».

Certaines données dites « sensibles », comme les opinions politiques, les origines raciales, les orientations sexuelles, etc. ne peuvent faire l'objet d'un traitement automatisé.

***.* Dans tous les cas, la collecte suppose²² le plus souvent une déclaration préalable à la CNIL ou une autorisation préalable.**

Cette collecte doit être effectuée de manière licite et loyale pour une finalité déterminée, explicite et légitime.

Elle doit s'effectuer avec le consentement exprès et préalable des personnes concernées qui disposent d'un

Voir sur le site de la « CNIL » l'étendue des obligations :

⇒ <http://www.cnil.fr/vos-responsabilites/>

¹⁹ 15 octobre 2009, lancement du débat national sur les enjeux des nanotechnologies : <http://www.debatpublic-nano.org/>

²⁰ <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article//ladresse-ip-est-une-donnee-a-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes/>

²¹ <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/actualites/affaire-promusic-la-communication-de-donnees-personnelles-par-les-fai-possible-a-condition-d-etre-proportionnee-2562.html>

²² Pour plus de détails, voir sur le site de la CNIL : <http://www.cnil.fr/vos-responsabilites/>

droit²³ à l'information, d'opposition, d'accès, de rectification des données collectées.

Le responsable du traitement doit veiller à la confidentialité et à la sécurité des données.

Voir sur le site de la « CNIL » un guide sur le rôle de ce correspondant et les modalités de sa désignation :

⇒ <http://www.cnil.fr/la-cnil/nos-relais/correspondants/>

Ce cadre légal est assorti de sanctions pénales et financières en cas de non respect.

***_* Il est possible de faciliter le respect des obligations issues de la loi de 1978 par la désignation d'un « correspondant CNIL ».**

²³ Pour plus de détails, voir sur le site de la CNIL : <http://www.cnil.fr/vos-libertes/>

2. LA PROTECTION DE LA BASE

La base de données va être protégée par le droit d'auteur, d'une part, et par un droit « sui generis » (i.e. « de son propre genre »), d'autre part.

Le premier vise à protéger la forme de la base, tandis que le second vise à protéger le contenu – même ce contenu n'est pas protégeable individuellement par le droit d'auteur.

2.1 Par le droit d'auteur

2.1.1 L'objet de la protection

- La loi du 28 décembre 1996, modifiée par la loi 1er juillet 1998, a instauré un régime de protection par le droit d'auteur de la base de données.

L'article L. 112-3 du CPI dispose que les bases de données sont protégées par le droit d'auteur si « *par le choix ou la disposition des matières, [elles] constituent des créations intellectuelles* ».

En d'autres termes, la base de données doit être originale. Cette originalité va s'apprécier au regard du choix ou de la disposition des matières au sein de la base de données.

Aucune formalité de dépôt n'est requise pour bénéficier de cette protection.

La protection va pouvoir ainsi porter sur l'architecture de la base, au-delà des données contenues dans la base.

Jurisprudence : Cour d'appel de Paris, 15 janvier 1997

La Cour a reconnu l'originalité de la base de données si : « *elle comporte un apport intellectuel caractérisant une création originale, laquelle exclut la reprise d'éléments du domaine public, s'apprécie au regard du plan, de la composition, de la forme, de la structure, du langage et plus généralement, de l'expression de l'œuvre en cause et exige de son auteur la preuve d'un effort personnalité dépassant la mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* ».

2.1.2 La titularité des droits

La désignation du bénéficiaire des droits sur la base de données au titre du droit d'auteur va dépendre des modalités de création de cette base.

On retrouve ici les questions qui se posent à propos de l'attribution des droits sur le logiciel.

Il n'y a toutefois pas de régime dérogatoire au droit commun, comme en matière de création de salarié pour les logiciels.

En d'autres termes, l'employeur a tout intérêt à prévoir une cession des droits de son salarié, sauf à revendiquer le cas particulier d'une création relevant du régime des œuvres collectives.

L'existence d'une œuvre collective suppose qu'elle résulte de l'initiative d'une personne physique ou morale (i), une pluralité de participants à la réalisation de l'œuvre (ii) et une fusion de leur contribution dans un ensemble (iii).

Cette œuvre est la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie alors des droits de l'auteur.

2.1.3 L'étendue des droits

Les droits conférés sur la base sont du même ordre que tous ceux conférés sur n'importe quelle œuvre de l'esprit, hors le cas des logiciels qui fait l'objet de droits particuliers.

Ainsi, l'auteur jouit de droits patrimoniaux (pour synthétiser : un droit de reproduction et de représentation) et moraux (droit au nom, droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, etc.).

Les exceptions classiques aux droits d'auteur (article L.122-5 du CPI) trouvent ici également à s'appliquer.

2.2 Par le droit sui generis des producteurs

La loi du 1er juillet 1998 a mis en place un droit sui generis du producteur de base de données qui est prévu par les articles L.342-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Ce droit constitue une modalité de protection propre de la base de données, à côté de la protection conférée par le droit d'auteur.

2.2.1 L'objet de la protection

- Si la base de données peut ainsi constituer une œuvre de l'esprit à part entière, force est néanmoins de constater qu'il est parfois difficile d'établir son originalité.

Or, la constitution de bases de données peut parfois représenter de très lourds investissements.

Sans une protection privative de ces bases dépourvues d'originalité, elles pourraient être ainsi pillées par des tiers.

Le législateur a voulu ainsi remédier à cette situation en créant une protection affranchie des critères du droit d'auteur.

- Il importe ainsi peu que la base de données soit originale ou non.

La seule condition de protection est que cette base résulte « *d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* » dans « *la constitution, la vérification ou la présentation de la base* ».

Le contenu lui-même de la base est protégé.

- Cette protection a été reconnue ainsi à l'annuaire inversée de France Télécom, à des sites internet recensant des annonces immobilières ou d'emploi...

2.2.2 La titularité des droits

Le titulaire de cette protection sui generis est le producteur de la base de données défini comme « *la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* ».

En d'autres termes, il s'agit de la personne physique ou morale qui constitue la base de données.

2.2.3 L'étendue des droits

Le producteur de la base de données dispose de deux prérogatives pour une durée de 15 ans à compter de l'achèvement de la base de données.

Il peut interdire :

- l'extraction du contenu de la base, autrement dit se réserver le droit de reproduire tout ou partie de la base de données ;
- la réutilisation de tout ou partie de la base de données, autrement dit se réserver le droit de mettre à disposition le contenu.

Le producteur peut mettre en œuvre des mesures techniques de protection de ses droits (article L. 342-3-1 du CPI) sous réserve de ne pas priver les utilisateurs du bénéfice des exceptions prévues par la loi.

Ses droits sont en effet limités.

D'une manière générale, quand la base de données est mise à disposition du public, il ne peut interdire, à la personne qui y a licitement accès, une extraction non substantielle, d'un point de vue qualitatif ou quantitatif.

Jurisprudence : Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)

La CJCE est très active sur ce terrain de la protection des droits des producteurs de bases de données.

Dans trois arrêts de 2002, elle a énoncé que la notion d'investissements peut être liée à l'obtention du contenu de la base.

- ⇒ En d'autres termes, cet investissement peut être démontré en établissant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans une base et non pas les moyens consacrés à la création de ces éléments.
- ⇒ Dans une espèce, la CJCE n'a pas retenu les moyens (il s'agissait d'une base de données constituée de dates de rencontres pour un championnat de football) pour déterminer les dates des rencontres, mais les moyens pour rechercher et rassembler ces éléments.

Dans un autre arrêt de 2002, la CJCE a précisé que l'investissement pouvait s'étendre aux moyens consacrés à la vérification du contenu de la base de données en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans la base.

Jurisprudence : Tribunal de commerce de Paris, 18 juin 1999 (illustration d'une sanction dissuasive)

- Dans cette affaire, FRANCE TELECOM reprochait à l'éditeur du service 3617 ANNU d'avoir téléchargé massivement ses annuaires.

La société 3617 ANNU a été condamnée à 100 millions de francs de dommages et intérêts.

- FT opposait ses droits sur une base de données constituée depuis 1983 avec le lancement du service Minitel.

Elle invoquait notamment ses droits issus de l'article L. 342-1 du CPI.

Le Tribunal a vérifié l'existence d'un investissement « financier, matériel ou humain substantiel ». Le Tribunal relevait en effet que :

« ses coûts annuels (...) se montent à 155 millions de francs (HT) pour la collecte des données relatives aux abonnés (mise à jour de 50 000 adresses par jour) et à 50 millions de francs (HT) pour la gestion, le contrôle et la maintenance de la base de données, soit à un total de 205 millions de francs ».

Le Tribunal observait que FT :

« a toujours interdit les extractions et réutilisations de sa base hors contrat, notamment en faisant figurer cette interdiction dans les pages d'accueil de cette base ».

- La société adverse a soutenu que cette base n'était pas protégeable.

Pour cette dernière, il s'agit de données publiques, présentées sans mise en forme particulière. C'est l'Etat et non FT qui en serait le « producteur » au sens de la loi.

- Le Tribunal a écarté ces arguments :

« Contrairement aux allégations des défenderesses, il y a lieu de dire que France Télécom, compte tenu des évolutions successives de son statut juridique, doit bien être considérée comme le producteur de l'annuaire téléphonique qu'elle exploite et que, compte tenu notamment du montant très élevé des investissements effectués par elle pour le constituer, celui-ci constitue une base de données protégée par la loi du 1er juillet 1998 ;

Il résulte manifestement des éléments fournis que les défenderesses, au-delà d'une argumentation juridique habilement, mais tendancieusement, développée, ont estimé plus simple, et surtout moins onéreux, de mettre en œuvre un comportement s'apparentant à un pur et simple "piratage" et de profiter, à peu de frais, des investissements ainsi effectués par France Télécom, sans même avoir sérieusement cherché à obtenir de cette dernière une offre commercialement viable pour exercer leur activité dans des conditions normales ».

Jurisprudence : TGI Paris, 20 juin 2007 (illustration de la notion de prise de « risque »)

Dans cette affaire plus récente, le Tribunal a reconnu le droit du PMU d'interdire à Eturf d'extraire des données qui reprenaient des résultats de courses publiés sur le site pmu.fr

Dans cette affaire, il n'était pas contesté – en défense – l'existence d'une base de données. Il est à cet égard intéressant d'observer le rôle d'un dépôt privé afin d'établir cette existence :

« La base de données Infocentre PMU dont l'existence n'est pas remise en cause par le société Eturf, a fait l'objet d'un dépôt auprès de l'Agence pour la Protection des Programmes sous le n°IDDN.FR.001.420014.00D.P.2004.000.10300 au nom et pour le compte du Gie PMU ».

La partie adverse n'a pas contesté l'existence d'investissements.

« Il n'est plus contesté par la société Eturf, et ce au vue de la production d'un rapport amiable de M. Stéphane L., expert en informatique et en comptabilité, du 30 janvier 2006 qui établit que "des investissements particulièrement lourds ont été et continuent à être régulièrement engagés par le PMU pour constituer, vérifier et présenter à ses clients et au public les informations issues de sa base de données Infocentre", lesquels ont été évalués par l'expert à "un total d'environ 4 446 287,32 € HT,

depuis le 27 mai 2002, lié à la constitution et la vérification des données de l'Infocentre et un montant annuel d'environ 157 000 €, charges patronales incluses, lié à la présentation des données de l'Infocentre par les propres salariés du PMU", que les investissements réalisés par le PMU sur la base de données Infocentre PMU soient substantiels. »

L'argumentation adverse s'est portée sur la notion de risque qui est énoncée aux termes de l'article L. 341-1 du CPI qui prévoit, pour mémoire, que :

« le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ».

La société défenderesse (E turf) a ainsi soutenu :

« La société E turf fait valoir que le PMU ne justifie pas d'une prise de risque :

- dans la création de la base de données Infocentre puisque celle-ci est indissociablement liée à l'exercice de son activité principale,*
- qu'il n'existe aucune possibilité de substitution à cette base de données, seul le PMU ayant la capacité de calculer et de collecter les informations hippiques dont s'agit, et que le PMU ne recherche aucun retour sur investissement, n'exploitant sa base de données que de manière confidentielle ».*

Le Tribunal a rejeté cette argumentation :

« Il importe peu que sa base de données soit en rapport avec l'activité du PMU pour apprécier l'existence d'un risque, tout producteur d'une base de données ayant naturellement intérêt à investir dans le champ de son activité.

L'absence de retour d'investissement qui caractériserait l'absence de risque n'est pas démontrée dès lors que le PMU justifie avoir conclu des "contrats" de fourniture d'un droit d'accès à la base de données Infocentre PMU" avec les sociétés Editions en direct, AFP et Daniel Louis Diffusion moyennant une contrepartie financière.

***Il apparaît que la notion de risque est étroitement liée à celle d'investissement au sens de l'article L 341-1 du code de la propriété intellectuelle.** En l'espèce, le PMU a engagé de lourds investissements pour la constitution et la présentation de sa base de données. Il en assume les risques, que ce soit en termes de bénéfice ou de déficit, de sorte que l'absence de prise de risque alléguée n'est pas établie.*

En conséquence, il convient de reconnaître au PMU la qualité de producteur de base de données ouvrant droit à la protection des articles L 342-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. »

Pour le Tribunal, la notion de risque est liée à la notion d'investissement. Ainsi, à partir du moment où cet investissement est démontré, le risque l'est également.

- Dans cette affaire, comme dans d'autres, l'extraction et la réutilisation des données contenues dans la base sera établie par constat.

En l'espèce, un constat d'huissier a permis d'établir que des données identiques étaient reproduites. Cette réutilisation a été prouvée par la reprise d'erreurs volontairement diffusées par la société PMU.

Jurisprudence : Cour d'appel de Rennes, 26 juin 2007 (illustration de l'absence de vérification des données et ses conséquences)

- Dans cette affaire, la société OUEST France exploite un site internet www.ouestfrance.com regroupant des annonces immobilières ; ce site a été réalisé par la société PRECOM également en charge de la régie publicitaire.

La société PRECOM reproche à la société DIRECT ANNONCES d'extraire de cette base de données, de façon systématique et répétée, les nouvelles annonces pour les faire figurer dans une revue de presse ; elle l'a ainsi assigné sur le fondement de l'article L. 341-1 du CPI.

La société PRECOM a été déboutée de ses demandes.

- La Cour d'appel a refusé d'accorder une protection au contenu de la base de données.

Dans cette affaire, les demandeurs ne revendiquaient de protection au titre du droit d'auteur, mais uniquement sur le fondement des articles L. 341-1 du CPI.

La Cour rappelle que le producteur d'une base de données ne peut se prévaloir de cette protection que :

- « s'il établit d'une part qu'il a pris l'initiative et le risque des investissements correspondants, et,
- d'autre part, qu'il a mis en œuvre un investissement substantiel, sur le plan financier, matériel, ou humain, pour parvenir à l'élaboration de la base de données, investissement consacré à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans la base, et ne comprenant pas celui mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs de cette dernière. »

La Cour d'appel constate que :

- les annonces classées par la société PRECOM constituées bien une base de données ;
- cette constitution a nécessité des investissements importants réalisés par PRECOM.

La Cour rejette toutefois le bénéfice de la protection pour les motifs suivants :

*« **Aucune vérification du contenu des annonces n'est mise en œuvre**, mis à part leur caractère complet et cohérent lors de leur saisie, d'une part parce que leur nombre l'interdit, et d'autre part et surtout, parce que cette vérification ne s'inscrit pas dans le rapport de Precom avec son annonceur, ce dernier achetant un service de communication dont Precom n'est pas habilité à vérifier l'objet, sauf illicéité manifeste ou incohérence.*

*Par ailleurs, le but commun de Precom et de ses clients **consiste non à stocker des données**, mais à les diffuser, dans les meilleures conditions d'efficacité et de rentabilité possibles.*

Dès lors l'investissement réalisé par Precom (...) répond exclusivement à des préoccupations d'efficacité de la diffusion des données, étrangères au but poursuivi par la directive, qui vise à stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations préexistantes.

En d'autres termes, la publication d'annonces par Precom constitue d'abord une activité de prestation de service à l'intention des annonceurs, qui, comme toute activité économique, exige des investissements et génère des charges.

La constitution de la base de données litigieuse n'est que la conséquence très accessoire de cette activité, et n'est pas recherchée en tant que telle.

Elle résulte seulement du nombre très important des annonces recueillies et de la nécessité purement fonctionnelle de les classer de façon à en permettre l'utilisation, étant d'ailleurs rappelé qu'aucune

demande n'a été formulée au titre de la protection de la base par le droit d'auteur, ce qui est en faveur d'une absence totale d'originalité du classement et de la présentation proposés.

Ainsi, les investissements réalisés, même importants, ce qui n'est pas contesté, n'ont pas eu pour objet de développer, de façon autonome, la base de donnée en elle même, mais sont indissociables de l'activité de communication de Precom ».

La Cour considère ainsi que le demandeur ne démontre pas les investissements qu'il a réalisés dans le cadre de son activité entrent dans les prévisions de l'article L.341-1 du Code de la propriété intellectuelle ; en conséquence, la Cour a jugé qu'il ne pouvait bénéficier d'une protection du contenu de la base de donnée litigieuse.

Dès lors les extractions de la base de données n'ont pas été jugées illicites.

TITRE 3 – LE SITE INTERNET

D'un point de vue matériel, un site internet présente (au moins) deux caractéristiques : il est accessible par une adresse, un nom de domaine (3.1) ; il est composé d'un contenu (3.2) multimédia (son, images, vidéos, etc.)

1. L'ACCES AU SITE INTERNET

Le nom de domaine est composé de deux parties : une extension (1er niveau) et un radical (2nd niveau). Il est associé à une adresse numérique fixe, le n° IP. Le système de nommage (DNS) permet de faire correspondre l'adresse IP à un nom de domaine.

1.1 L'organisation du système de nommage

1.1.1 *Les gTLD*

- L'extension peut désigner la nature de l'activité du site (generic TLD) : « .com » pour les sociétés commerciales ; « .org » pour les organisations à but non lucratif ; « .edu » pour les institutions d'éducation, etc.

- L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN ; organisme à but non lucratif) enregistre les gTLD, tandis que la Network Solutions Inc. (société privée de droit américain) gère l'association entre les noms de domaine et les n°IP.

L'ICANN a également pour mission de désigner les organismes de résolution des litiges et d'accréditer les organismes d'enregistrements (registrars).

Selon la règle du « premier arrivé, premier servi », aucune formalité préalable à l'enregistrement n'est exigée, aucun justificatif à fournir.

1.1.2 *Les ccTLD*

- L'extension peut désigner le pays d'enregistrement (country code TLD) : « .fr » pour la France, « .eu » pour l'Europe, etc.

Des sous-domaines sectoriels ont pu être créés : « .cci.fr » pour les chambres de commerces et de l'industrie ; « .tm.fr » pour les noms de domaine enregistrés également en tant que marques.

- Les extensions ccTLD sont gérées localement, sous la compétence de chaque gouvernement des pays concernés.

En France, cette gestion a été confiée à l'« Association française pour le nommage internet en coopération » (Afnic).

Le « .eu » a été mis en place sur proposition de la Commission européenne ; il est géré par l'« European Registry for Internet Domains »

1.2 Le choix d'un nom de domaine

Par principe, le choix est libre. Il reste cependant limité par les droits que les tiers peuvent détenir sur le radical envisagé et par certaines règles spécifiques qui peuvent s'appliquer.

1.2.1 *Des règles spécifiques*

Certains ccTLD, comme le « .fr », imposent des conditions particulières. Certains noms sont ainsi interdits ou réservés au dépôt.

- termes interdits : injurieux, grossiers, etc.
- termes réservés : nom des entités publiques (institutions nationales, services publics nationaux, collectivités territoriales, noms de commune, etc.), noms patronymiques,

1.2.2 *Des antériorités à surveiller*

- L'enregistrement d'un nom de domaine suppose qu'il soit disponible... Une recherche d'antériorité s'impose alors.

Malgré la règle du « premier arrivé, premier servi », la disponibilité matérielle du nom de domaine ne signifie pas forcément qu'il peut être licitement déposé.

Certaines pratiques ont pu être observées :

- « Cybersquatting » : dépôt d'un nom qui reprend un nom de marque antérieur...
- « Typosquatting » : dépôt d'un nom proche d'une marque ou d'une dénomination dans le but de créer une confusion

Ces pratiques sont condamnées.

- Le nom de domaine libre ne doit pas porter atteinte aux droits de tiers, en particulier des droits de propriété intellectuelle (droit des marques, droit d'auteur), aux règles de la concurrence et du comportement loyal.

- Une marque antérieure au nom de domaine permet de faire obstacle²⁴ à l'exploitation par un tiers du nom de domaine ;
- A contrario, un nom de domaine antérieur peut constituer une antériorité opposable au dépôt d'une marque correspondante – si le nom de domaine est exploité ;
- Un nom commercial antérieur peut faire obstacle à l'exploitation par un tiers du nom de domaine quand ce tiers exerce une activité semblable.

- A supposer que le nom de domaine soit disponible et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de tiers, il n'est pas sans conséquences de choisir un nom générique en tant que nom de domaine.

²⁴ Voir par exemple la décision de l'OMPI à propos de la marque DAILYMOTION et du site www.dailyxmotion.com : <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-1163.html>

En déposant un nom de domaine générique (ou autrement dit un terme courant), le déposant limite sa possibilité de l'opposer à des tiers qui viendraient à l'utiliser à titre de nom de domaine en totalité ou en partie. En effet, il n'est pas possible de se réserver l'emploi de mots courants.

Conflit entre une marque antérieure et un nom de domaine

- La marque n'est réservée que pour les produits et services désignés dans l'enregistrement.

Ce principe de spécialité est mis en avant dans les décisions.

- ⇒ Impossible de poursuivre celui qui a repris une marque comme nom de domaine, en totalité ou en partie, pour ce seul motif, sauf à invoquer une marque notoire ou de renommée.
- ⇒ Nécessité de caractériser les produits et services entre la marque et le nom de domaine
- ⇒ Nécessité de caractériser un risque de confusion

Jurisprudence : « leaderpricemedia.com » contre la marque verbale « leaderprice », TGI Paris, 6 octobre 2009

Le Tribunal constate l'étendue de la protection de la marque :

« En l'espèce, la société Distribution Leader Price est titulaire de la marque verbale Leader Price n°3 375 006 et de la marque semi-figurative Leader Price n° 3 460 344 (...). Elles ont notamment été déposées pour des produits et services de la classe 9 suivants : "CD Roms, DVD, cassettes vidéos, ordinateurs et appareils périphériques (...). »

Le Tribunal constate la reproduction de la marque :

« Les termes Leader Price de la marque verbale Leader Price n° 3 375 006 se retrouvent dans le nom de domaine et sur le site internet www.leaderpricemedia.com dans lesquels ils présentent un caractère dominant de par leur position d'attaque et leur longueur, le terme "média" n'étant pas à lui seul de nature à retenir l'attention du consommateur dans la mesure où il se rattache aux produits offerts à la vente sur ce site. »

Le Tribunal caractérise l'existence d'un risque de confusion :

« Il existe un risque de confusion dans l'esprit du public dans la mesure où le consommateur est fondé à croire que les produits proposés sur ce site internet www.leaderpricemedia.com ont une origine commune avec ceux de la société Distribution Leader Price, d'autant que cette société a déjà décliné les termes Leader Price pour les voyages, cette confusion ayant d'ailleurs été faite par le site internet itrnews.com qui indiquait le 25 février 2009 que Leader Price, l'enseigne hard discount du Groupe Casino venait de lancer sa boutique High Tech ».

Le Tribunal retient en définitive l'existence d'une contrefaçon :

« L'utilisation des termes Leader Price Média et d'un logo Leader Price dans le nom de domaine leaderpricemedia.com et sur le site internet accessible depuis cette adresse constituent donc une contrefaçon des marques verbale et semi-figurative Leader Price n° 3 375 006 et n° 3 460 344 dont la société Distribution Leader Price est titulaire. »

Conflit entre un nom de domaine et d'autres droits antérieurs

De nombreuses décisions illustrent ce conflit entre un nom de domaine et des droits antérieurs : dénomination sociale, nom commercial, noms de ville (entre la ville St Tropez et le nom de domaine « saint-tropez.com »), noms des institutions publiques, noms patrimoniaux (Amélie Mauresmo et le site ameliemauresmo.com ; entre François Bayrou et francois.bayrou.fr).

Conflit entre deux noms de domaine

Il a été jugé que le nom de domaine « bois-tropicaux.com » présentait un risque de confusion avec le nom de domaine antérieur « boistropicaux.com » (TGI Lille, 2000).

A l'inverse, il a été jugé que le nom « services-funeraires.com » ne présentait pas de risque de confusion avec le nom de domaine antérieur « servicesfuneraires.com »²⁵.

Jurisprudence : Centre d'arbitrage²⁶ et de médiation de l'OMPI, Jeuxonline contre Kaalys ; Litige N. DFR2006-0010, 26/12/2006

Les faits :

« Le Requérent, la société Jeuxonline, a pour activité la mise à disposition sur Internet de jeux en ligne.

Le Requérent revendique un droit antérieur sur la dénomination "Jeuxonline" à plusieurs titres : en juillet 2001, a été enregistré le nom de domaine <jeuxonline.cc> par Monsieur Guillaume Martin, actuel gérant de la société Jeuxonline; en février 2002, a été enregistré également à son nom, le nom de domaine <jeuxonline.info>; le 29 juin 2003, a été créée l'association Jeuxonline dont Monsieur Guillaume (...).

Par ailleurs, a été déposée le 30 décembre 2005 auprès de l'INPI, la marque JEUXONLINE désignant les produits et services des classes 25, 35, 38, 41 et 42.

Le Défendeur, la société Kaalys, est un concurrent direct de la société Jeuxonline. Le 18 mai 2004, la société Kaalys a enregistré le nom de domaine <jeuxonline.fr>. Ce nom de domaine ne mène, aujourd'hui, vers aucun site actif. Les parties ont été à plusieurs reprises en contact s'agissant du transfert de ce nom de domaine, sans que toutefois aucun accord n'intervienne. C'est dans ces conditions que le Centre a été saisi du présent litige. »

Décision :

« A ce jour, le nom de domaine litigieux renvoie vers une page blanche. Le Défendeur [Kaalys] indique, à cet égard, développer un projet de site proposant des jeux en ligne.

Pour justifier de ce développement qui se ferait en l'absence de toute violation des droits antérieurs invoqués par le Requérent, le Défendeur fait valoir que les termes "Jeuxonline" seraient génériques et, par conséquent, à la disposition de tous.

Il ne saurait être contesté que les termes "Jeuxonline" adoptés en tant que nom de domaine pour promouvoir un site Internet proposant des jeux en ligne revêtent un caractère générique.

Leur protection ne peut donc qu'être limitée.

²⁵ Voir les décisions et d'autres sur les sites : <http://www.foruminternet.org/> ; <http://www.legalis.net>.

²⁶ Pour des détails sur les procédures d'arbitrage : <http://www.wipo.int/amc/fr/>

En effet, en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il ne peut être reproché à un concurrent d'utiliser à titre de nom de domaine, des termes appartenant au langage courant.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la Cour d'Appel de Paris le 25 mai 2005 s'agissant des noms domaine <servicesfuneraires.fr> et <services-funeraires.fr>.

Toutefois, il convient en l'espèce de considérer le contexte dans lequel est intervenu l'enregistrement du nom de domaine litigieux.

Cet enregistrement était à l'origine une "blague" entre concurrents de l'aveu du Défendeur.

Il ne fait aucun doute qu'un nom de domaine, même générique, revêt une valeur commerciale conséquente, notamment lorsqu'une activité est déjà déployée sous un même nom de domaine très proche, ne différant que par un gTLD.

Or, le fait pour le Défendeur d'enregistrer en toute connaissance de cause la dénomination adoptée par son principal concurrent et de refuser de lui restituer, et ce dans le but, à terme, d'en tirer un profit quelconque, constitue un comportement déloyal.

En conséquence, l'Expert considère que l'utilisation du nom de domaine litigieux par le Défendeur est intervenue en violation du principe de loyauté dans les relations commerciales.

Conformément aux articles 20 (b) et (c) du Règlement, l'Expert ordonne la transmission au profit du Requérant du nom de domaine <jeuxonline.fr>. »

2. LE CONTENU DU SITE

2.1 La protection du contenu

Une création multimédia implique, au moins, la présence de différents médias (sons, textes, images, vidéos, etc.) et une interactivité entre eux.

Le site internet apparaît comme un exemple de création multimédia, même si cette expression de « création multimédia » est plus évoquée à propos des jeux vidéo.

La création multimédia ou l'œuvre multimédia fait l'objet d'une vive discussion²⁷ doctrinale : relève-t-elle du régime du logiciel ? des bases de données ? d'une œuvre audiovisuelle ? d'une nouvelle catégorie à créer ?

En l'absence de définition légale, force est de constater que la création multimédia renvoie aux différentes types de protection existante.

2.2.1 *Le site en son ensemble*

La question de la protection de l'œuvre multimédia, envisagée, dans sa globalité, renvoie aux discussions sur la qualification en œuvre de collaboration, en œuvre collective, en œuvre composite...

Le site internet a pu recevoir, par la jurisprudence, la qualification d'œuvre de l'esprit et être ainsi protégé par le droit d'auteur. Il a pu être également qualifié de bases de données.

En définitive, c'est au regard de chaque site que telle qualification juridique va pouvoir s'imposer.

2.2.2 *Les éléments du site*

La partie « logiciel »

La partie « logiciel » de la création multimédia peut faire l'objet d'une protection telle que celle qui est conférée à tout logiciel.

Il n'y a pas de raison de l'exclure si elle répond aux conditions de protection des logiciels.

La partie « non logiciel »

Chaque site présente également des éléments qui peuvent être distingués ou individualisés et faire l'objet d'une protection spécifique :

- Les **textes** peuvent faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, si les conditions sont remplies (originalité, etc.).
- Les **photographies** sont protégées également par le droit d'auteur.

²⁷ Voir par exemple, Rapport « *Le régime juridique des œuvres multimédia : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs* », 2004, Bénabou, Martin, Henrard, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000008/index.shtml>

- Les **logos** ou **dénominations** destinées à désigner des produits ou services peuvent être appropriés par le droit des marques ;
- Les **bases de données** associées au site internet peuvent faire l'objet d'une protection tant par le droit d'auteur que le droit sui generis des bases de données ;
- Les **vidéos** insérées sur le site peuvent également faire l'objet de droit d'auteur et d'une protection spécifique accordée aux producteurs de ces vidéos.

L'identification de ces éléments va présenter une importance particulière dans la perspective de l'exploitation du site ou de la création multimédia. Par exemple, le contrat de développement d'un site internet, confié à un prestataire, devra inclure une clause concernant la propriété intellectuelle, le cas échéant, de ces éléments.

2.2 La responsabilité liée au contenu du site

2.2.1 *Evolution de la régulation des acteurs de l'internet*

2.2.1.1 *Trois voies possibles*

L'encadrement actuel des activités des intermédiaires techniques a été mise en place à la suite de rapports, de positions prises par la jurisprudence et du vote de plusieurs lois.

Très vite, le choix entre plusieurs voies a été débattu :

- l'autorégulation (les acteurs se régulent eux-mêmes : logiciels de filtrage, nétiquette, labellisation des sites, etc.);
- la régulation qui peut être définie²⁸ comme « *l'ensemble des règles s'appliquant aux contenus et aux pratiques, qu'elles résultent de l'intervention d'un régulateur public ou d'autres mécanismes* » ;
- la co-régulation est une voie médiane visant à promouvoir une concertation entre les acteurs (autorégulation) et les régulateurs (parlement, gouvernement) ; c'est la vocation du « Forum des Droits sur l'internet » créée en 2000.

Voir sur le site du Forum des droits sur internet des décisions sur la responsabilité liée à internet, des guides sur les droits et obligations des créateurs de sites, un service de médiation...

⇒ <http://www.foruminternet.org>

²⁸ <http://www.homo-numericus.net/spip.php?article176#nb8>

2.2.1.2 Rapide historique

- **Juin 1996 :** dépôt du rapport²⁹ d'un groupe de travail interministériel présenté par Mme Falque-Pierrotin (aujourd'hui présidente du Forum des droits sur internet).
 - But du groupe de travail : présenter le cadre législatif et réglementaire applicable à l'Internet ;
 - Mesures proposées : préférer l'autorégulation ; clarifier la responsabilité des acteurs de l'internet.
- **Juin 1996 :** le député François Fillon propose³⁰ des amendements au projet de loi de réglementation des télécommunications adopté le 18 juin 1996, sans attendre les recommandations du groupe de travail.
 - Une proposition visait à imposer aux « personnes dont l'activité est d'offrir un service de connexion » (i.e. les fournisseurs d'accès) de proposer à leurs clients un dispositif technique pour filtrer les contenus.
 - Une autre visait à exonérer leur responsabilité pénale, sauf s'ils ne mettaient pas en place un dispositif technique de filtrage (i) et donnaient accès à un site litigieux en toute connaissance de cause (ii) ou encore donnaient accès à un site ayant reçu un avis défavorable (iii) par un « Comité supérieur de la télématique » mis en place par les amendements.
- **Juillet 1996 :** le Conseil constitutionnel censure³¹ les amendements Fillon ; il sanctionne notamment *l'imprécision des pouvoirs de ce Comité qui pouvait émettre des avis susceptibles d'avoir des conséquences pénales.
- **Février 1999 :** arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Estelle Halliday (cf. introduction du cours)
- **Mai 1999 :** le député Patrick BLOCHE propose un amendement à la loi de 1986 encadrant la communication.
 - Il vise à limiter la responsabilité des hébergeurs au cas où :
 - ils ont « *contribué à la création ou à la production du contenu* » ;
 - au cas où ils ne réagissent pas promptement pour empêcher l'accès à un contenu litigieux quand ils sont sollicités à cette fin par une autorité judiciaire.
 - Il imposait également une obligation de transmettre les éléments d'identification fournis par la personne ayant procédé à la création ou à la production du contenu.
 - Cet amendement a été adopté par l'Assemblée Nationale avant d'être modifié par le Sénat qui a imposé de s'assurer de l'identité de leurs abonnés et de conserver les données de connexion pendant un délai fixé en Conseil d'Etat.
 - L'amendement finalement adopté va prévoir également une obligation d'identification, pour les éditeurs de contenu.

²⁹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974057500/index.shtml>

³⁰ <http://www.senat.fr/seances/s199606/s19960618/sc19960618027.html>

³¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-378-dc/decision-n-96-378-dc-du-23-juillet-1996.10818.html>

- **Loi du 1^{er} août 2000** : promulgation de la loi (après une censure du Conseil constitutionnel) issue de l'amendement BLOCHE qui prévoit :

« Art. 43-7. - Les personnes physiques ou morales dont l'activité est **d'offrir un accès à des services de communication en ligne** autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens.

« Art. 43-8. - Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, **le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public** de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, **ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :**

« - si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;

« Art. 43-9. - Les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 **sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires.**

(...) Les autorités judiciaires peuvent requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 des données mentionnées au premier alinéa (...)

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation.

« Art. 43-10. - I. - Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée tiennent à la disposition du public :

« - s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénom et domicile ;

« - s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social ;

« - le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi no 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ;

« - le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8.

« II. - **Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication en ligne autre que de correspondance privée peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat,** que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au I. »

- **Loi du 21 juin 2004** : loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) ; cette loi visait notamment à transposer en droit français une directive communautaire du 8 juin 2000 ; quelques mesures adoptées :

- Encadrement de la publicité par voie électronique :

- pas de prospection directe sans autorisation préalable (opt in) pour les personnes physiques ;
 - prospection sans consentement préalable pour les personnes morales ou pour les professionnels (opt out) ;
 - obligation d'indiquer les coordonnées du prospecteur pour faire cesser la prospection.
- Encadrement du commerce électronique :
 - Obligations de s'identifier ;
 - Processus contractuel en ligne.
 - Responsabilité des hébergeurs :
 - Mise en place d'une responsabilité dans le cas d'une connaissance avérée (par exemple en cas de notification d'une personne physique) d'un contenu illicite et de l'absence de réaction.

Le régime de responsabilité va dépendre de la qualification juridique retenue (hébergeur, fournisseur d'accès, éditeur).

2.2.2. La responsabilité du Fournisseur d'accès à internet

. Le régime actuel présente les caractéristiques générales suivantes :

- Pas d'obligation générale de surveillance
- Nécessité de mettre en place un système permettant de signaler des contenus illicites ; informer promptement les autorités compétentes d'un contenu signalé ;
- Obligation de fournir un dispositif de filtrage des contenus.
- Principe d'exonération de responsabilité si :
 - ils ne sont pas à l'origine du contenu ;
 - ils ne sélectionnent pas le destinataire ;
 - ils ne modifient pas l'information transmise.

Jurisprudence : TGI Paris, 5 fév. 2008, Affaire Syndicat National de l'Édition c./ FREE

Le SNE engage la responsabilité de Free parce que cette dernière permet l'accès à des groupes de discussions sur le serveur UseNet où l'on peut télécharger illégalement une bande dessinée ;

Le SNE considère que Free dispose d'un contrôle éditorial sur les groupes de discussions litigieux puisqu'elle permet accès à ces groupes.

FREE considère qu'elle ne joue qu'un rôle de fournisseur d'accès.

Le Tribunal constate que :

« L'accès à Usenet permet parmi les services offerts à un internaute, de poster et recevoir (télécharger) des fichiers binaires ; ces fichiers peuvent contenir des sons, des messages ou des écrits (...)

Contrairement à ce que prétendent les demandeurs, le réseau Usenet n'a pas une structure différente du réseau internet sur lequel il s'appuie, et qui fonctionne également en mettant en réseau différents serveurs qui font circuler les fichiers et les mettent en ligne également à l'intention de destinataires non identifiés par le biais de forums ou de sites de mises à dispositions.

Il relève sur le comportement de FREE que :

« Les éditeurs sont définis [dans la loi de 2004] comme étant "la personne qui détermine les contenus qui doivent être mises à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge." »

Il ne ressort pas des procès-verbaux de constat ou des explications des parties sur le fonctionnement du réseau Usenet que la société Free met elle-même en ligne les fichiers litigieux, ni qu'elle en effectue un contrôle ou une sélection.

Il est constant que la société Free ne fait que permettre à des internautes d'une part de poster des contributions binaires ou non et de les propager sur le système Usenet et d'autre part de prendre connaissance et de télécharger des fichiers binaires à partir de ce même système. Aucun contrôle de ces fichiers n'est démontré ni aucune sélection. La société Free n'est donc pas éditeur. »

Le Tribunal n'a finalement examiné la responsabilité de FREE qu'en sa qualité de fournisseur d'accès.

Les articles 6-1-3 et 6-1-5 de la LCEN définissent la responsabilité du fournisseur d'accès à des services de communication au public et font obligation à la personne qui prétend que ses droits sont bafoués de notifier au fournisseur d'accès la description des faits litigieux et leur localisation précise, les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré comprenant la mention des dispositions légales et des justifications des faits, la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait, leur modification ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

*Or, les demandeurs ont demandé à la société Free de fournir toutes les données détenues ou conservées de nature à permettre l'identification de quiconque ayant contribué à la création du contenu des sites et groupes de discussion "alt.binaries.bd.french" et "alt.binaries.bd.french.d" ; **ils n'ont pas respecté les dispositions de l'article 6-1-5** et donc pas pris le soin de préciser sur le site "alt.binaries.bd.french" quels étaient les adresses des internautes qui mettaient en ligne des contenus contrefaisants les droits d'auteur des éditeurs de bandes dessinées, n'ont pas indiqué quels étaient leurs droits ni les dispositions légales qui fondaient leurs droits de sorte que la société Free n'a pu agir pour retirer les contenus allégués de contrefaisants.*

La réclamation des demandeurs était mal dirigée contre la société Free car les demandes permettant d'identifier les auteurs de contrefaçons c'est-à-dire les internautes mettant en ligne des bandes dessinées ou le créateur et le gestionnaire du canal "alt.binaries.bd.french" ne pouvaient pas être adressées directement à la société Free mais devaient préalablement être autorisées par un juge des requêtes.

(...) La responsabilité de la société Free ne peut être engagée puisque la notification prévue à l'article 6-1-5 de la Lcen n'est elle-même pas conforme et qu'elle n'a pas eu pour effet de porter à la connaissance de la société Free des contenus contrefaisants. »

2.2.3. La responsabilité des hébergeurs

Avant la loi de 2004, la responsabilité des hébergeurs était soumise au droit commun (cf. affaire Halliday) qui imposait, dans certaines circonstances, un véritable contrôle du contenu hébergé.

La loi de 2004 a instauré un régime d'exonération de responsabilité qui reste limité.

1^{er} temps : notification du contenu illicite et mise en demeure de cesser la diffusion

⇒ Date des faits, description, localisation, motifs de retrait du contenu, justificatifs des droits, copie de la demande adressée à l'auteur du contenu de retrait du contenu.

2^{ème} temps : si l'hébergeur continue de diffuser, il engage sa responsabilité s'il ne retire pas promptement le contenu après la notification.

Le Conseil constitutionnel a limité cette responsabilité dans le cas où le contenu est manifestement illicite ou que son retrait a été ordonné par un juge.

Jurisprudence : Tribunal de commerce de Paris, 20 février 2008, Flach Film et autres / Google France

La société Flach a produit un documentaire qui se retrouve diffusé, sans son autorisation, sur le site www.video.google.fr

A la suite d'un courrier demandant le retrait immédiat du site Google Vidéo des éléments contrefaisants, les sociétés Google ont déclaré par courrier du 10 octobre 2006 avoir supprimé de l'index Google Vidéo ces liens.

Flach Film a néanmoins poursuivi Google France et Google Inc en contrefaçon

Le tribunal constate que Google a la qualité d'hébergeur :

« que le service Google Vidéo a pour objet de permettre à des fournisseurs de contenu de vidéos de les télécharger sur leur serveur en vue d'une diffusion au public (...) les internautes choisissent eux-mêmes les contenus qu'ils décident de transmettre, qu'ils les classent eux-mêmes en fonction de leur nature et qu'ils définissent eux-mêmes les critères de diffusion (...)

les internautes agissent sous leur propre responsabilité (...) Google Inc et Google France ne prennent aucune initiative dans le choix et la présentation des oeuvres, qu'il en résulte que Google Inc et Google France n'ont pas la qualité d'éditeur, et qu'elles agissent donc, en exploitant le service Google Vidéo, en qualité d'hébergeur (...).

Le Tribunal engage la responsabilité de Google en cette qualité.

« La loi du 21 juin 2004 dite Lcen (...) dispose que la responsabilité civile de l'hébergeur ne peut être engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si l'hébergeur n'avait pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où il en a eu cette connaissance, il a agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible (...)

Si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu (...) ».

Or, le Tribunal constate que Google a reçu une notification le 6 octobre 2006, que le 17 octobre 2006 (encore le 15 mai 2007) le contenu litigieux était toujours accessible :

« Google Inc et Google France ont été informées à la date du 6 octobre 2006 du caractère illicite de la diffusion du Film sur leur site Google Vidéo, qu'elles ont agi aussitôt promptement pour retirer - d'ailleurs partiellement - les liens litigieux, conformément aux dispositions précitées,

A compter de cette date il leur appartenait aussi de rendre l'accès au Film impossible (...)

Attendu que les défenderesses ne peuvent donc faire valoir une quelconque impossibilité technique pour exercer cette surveillance (...) »

Le tribunal dira qu'elles ont engagé leur responsabilité pour les faits postérieurs au 10 octobre 2006.

Jurisprudence : TGI de Paris, 24 juin 2009, Ordonnance de référé, Jean-Yves Lafesse et autres / Youtube

Dans cette affaire, la société Youtube était poursuivie pour avoir diffusé des vidéos de l'humoriste sur son site. La qualité d'hébergeur de Youtube a été retenue par le Tribunal. L'humoriste demande à la société Youtube de communiquer les données personnelles des utilisateurs de son service.

Cette décision illustre l'obligation qui pèse sur les hébergeurs. Le tribunal a considéré que :

« Selon l'article 6-II de la LCEN, les hébergeurs doivent détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont ils sont prestataires.

Le décret en Conseil d'Etat devant définir ces données, n'a pas à ce jour été promulgué.

La société Youtube déclare ne pas disposer des adresses et numéros de téléphone des éditeurs, la demande de communication de ces données est donc sans objet. Il lui sera seulement enjoint de communiquer les données que les éditeurs des vidéos litigieuses lui ont remises et notamment leurs adresses IP. Il n'y a pas lieu à ce stade de prévoir une astreinte alors que la société Youtube ne s'oppose pas à cette communication.

Par ailleurs, à ce jour, la loi n'impose pas aux hébergeurs de détenir ces données et en étant détenant et conservant l'adresse e-mail ainsi que l'adresse IP des éditeurs qui sont de nature à permettre leur identification, la société Youtube remplit l'obligation que lui impose l'article 6-II de la LCEN. Dès lors, il n'y a pas lieu de mettre à sa charge les frais nécessaires à l'obtention des informations réclamées par les demandeur ».

L'humoriste a été débouté de sa demande parce qu'elle était devenue sans objet dans la mesure où les vidéos litigieuses avaient été retirées.

2.2.4. La responsabilité des éditeurs de sites, de blogs, de contenus

- Le régime de responsabilité de droit commun s'applique aux éditeurs de sites internet.

L'éditeur du contenu d'un blog, d'un site est assimilé à un éditeur de service de communication en ligne.

Sa responsabilité peut être engagée non seulement pour le contenu dont il est l'auteur mais également pour le contenu posté par des tiers.

Le régime de responsabilité est assimilable à celui d'un directeur de la publication qui peut être poursuivi comme auteur principal d'une infraction quand le contenu litigieux a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public (voir développements suivants sur la responsabilité liée au forum).

La loi du 29 juillet 1982, sur la communication audiovisuelle, prévoit en effet à l'article 93-332 que :

« Au cas où l'une des infractions prévues par le [chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse](#) [par exemple, la diffamation, l'injure publique, etc.] est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication (...) sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.

(...) Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».

- **Une obligation d'identification.** Dans un premier temps, les éditeurs de site ont été tenus à une obligation de déclaration auprès du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et de désignation d'un directeur de la publication, dans la mesure où le site internet était assimilé à un service de communication audiovisuel.

Cette obligation de déclaration préalable a été supprimée par la loi de 2000 qui a mis en place un système d'identification des éditeurs de sites auprès des FAI et des hébergeurs.

La loi de 2004 distingue les éditeurs professionnels, obligés de s'identifier auprès du public des éditeurs non professionnels, obligés d'indiquer le nom de leur hébergeur.

32 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880222>

Jurisprudence : Cour d'appel de Paris, 9 octobre 2009, Association SOS PELERIN c/ MERIDIANIS VOYAGES

SOS PELERIN est une association visant protéger les pèlerins d'arnaques. Elle liste sur son site les opérateurs qu'elle recommande en attribuant notes d'évaluation.

Le voyage a fait constater, le 21 octobre 2008, sur le site internet "www.sospelerin.org" qu'il est apposé au regard de société Meridianis Voyages un :

- « moins arithmétique de couleur verte, qui correspond au critère d'évaluation mis en place par cette association 'qualité assez correcte' ;
- une mention, en caractère rouge vif, « Commentaire Augmentation des prix (hausse de 250 €) sans préavis »

Le voyageur a demandé le 23 octobre 2008 un droit de réponse par plusieurs lettres recommandées avec avis de réception non réclamées et plusieurs emails.

Il a assigné l'association en violation de son droit de réponse.

Le Tribunal l'a condamné à insérer le droit de réponse.

En appel, l'association soutient que l'action du voyageur était prescrite alors que la loi prévoit un délai de trois mois pour engager une action (en l'espèce engagée cinq mois après les faits).

La Cour d'appel va confirmer la condamnation pour les motifs suivants.

Elle rappelle l'obligation de s'identifier, prévue dans la loi de 2004.E

Elle constate que :

« l'association Sos Pelerin, d'une part, n'a pas satisfait aux obligations qui résultent pour elle des dispositions précitées de l'article 6-III-1 de la loi du 21 juin 2004, d'autre part, a omis de prendre connaissance des courriers recommandés avec avis de réception que la société Meridianis Voyages lui a adressés à deux reprises ;

Considérant que c'est à juste titre dans ces conditions, que le premier juge, après avoir exactement relevé, d'une part, que l'association Sos Pelerin ne pouvait se prévaloir de ses propres fautes et négligences, d'autre part, que la société Meridianis Voyages a agi avec diligence, en se conformant au plus près des prescriptions de la loi, dans la situation qui lui était imposée a dit que le délai à compter duquel le refus d'insertion est acquis n'a pas couru ;

Considérant que sa décision sera dès lors confirmée de ce chef ».

2.2.5. La responsabilité des fournisseurs de liens

Il n'y a pas de régime particulier mais un ensemble de décisions de justice qui encadre cette pratique, inhérente à internet.

Par principe, l'établissement d'un lien simple (renvoi à la page d'accueil) est censé être implicitement autorisé par l'éditeur du site lié en raison de la nature même d'internet.

La mise en place de liens profonds doit faire l'objet d'une autorisation expresse, sauf à indiquer la source du site.

La mise en place de liens profonds (vers des pages du site) peut être fautive, comme par exemple quand elle se présente sous la forme d'un « *framing* » ne permettant pas à l'internaute de distinguer l'élément d'origine de l'élément importé.

Le Forum des droits sur internet a proposé en 2003 des règles :

- ne pas établir de liens vers des sites refusant explicitement tout lien ;
- prévenir l'éditeur du site lié de l'existence du lien ;
- retirer le lien en cas de refus exprimé.

Il est admis par la jurisprudence qu'il ne pèse pas sur les fournisseurs de liens une obligation préalable de contrôle a priori du contenu.

Jurisprudence : Cour d'appel Paris, SARL Bloobox Net c/ M. O. M, 21 novembre 2008

La Cour relève que la société BLOOBOX revendique le statut d'hébergeur.

Elle relève :

- qu'elle édite le site « fuzz.fr »,
- que ce site « offre aux internautes la possibilité de mettre en ligne des liens hypertextes en les assortissant de titres résumant le contenu »,
- que le fait « pour la société BLOOBOX NET créatrice du site fuzz.fr de structurer et de classifier les informations mises à la disposition du public selon un classement choisi par elle permettant de faciliter l'usage de son service entre dans la mission du prestataire de stockage et ne lui donne pas la qualité d'éditeur dès lors qu'elle n'est pas l'auteur des titres et des liens hypertextes ».

Elle déboute l'action du demandeur qui contestait la présence d'un lien hypertexte aux motifs que :

« Qu'il appartient à celui qui se plaint d'une atteinte à ses droits d'en informer l'hébergeur dans les conditions de l'article 6-I-5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; que dès cette connaissance prise, l'article 6-I-2 de la loi impose à l'hébergeur d'agir "promptement" ; qu'en l'espèce, M. O. M. n'a adressé à la société BLOOBOX NET aucune mise en demeure en ce sens avant de l'assigner ».

Jurisprudence : TGI Nanterre, 28 février 2008

Dans cette affaire, « un lien présent sur le site internet « dicodunet.com », renvoyait à un article publié sur le site « gala.fr » sous le titre « Sharon Stone et Olivier D. La Star roucoulerait avec le réalisateur de la Môme ».

Le lien hypertexte étant matérialisé par la formule « lire la suite » accolée au titre précité.

Le Tribunal a relevé que :

« le site « dicodunet.com » est constitué par la combinaison de plusieurs sources d'information, ainsi agrégées sur un même site (...)

Ces contenus sont composés de titres d'articles, accompagnés d'un chapeau introductif et sont acheminés sur le site litigieux grâce au système des flux R.S.S. (Really Simple Syndication).

L'internaute peut avoir accès à l'information in extenso par un lien hypertexte (en l'espèce « lire la suite ») qui le renvoie sur le site qui est à l'origine de l'information.

Le Tribunal a rejeté la qualification d'hébergeur :

« La décision d'agencer les différentes sources, sur un thème donné, en l'espèce la rubrique « Actualités/personnalités », permet à l'internaute d'avoir un panorama général sur ledit thème, grâce aux différents flux ainsi choisis, et constitue bien un choix éditorial de la partie défenderesse. La copie du site comporte d'ailleurs des publicités dont elle tire apparemment profit.

L'abonnement au flux RSS litigieux, (renvoyant à gala.fr), correspond précisément à la « thématique » dénommée « actualités/personnalités ».

La partie défenderesse a donc bien, en s'abonnant au dit flux et en l'agencant selon une disposition précise et préétablie, la qualité d'éditeur et doit en assumer les responsabilités, à raison des informations qui figurent sur son propre site »

C'est ainsi en raison de la présence d'un choix éditorial que cette qualification d'hébergeur a été rejetée.

Jurisprudence : TGI Paris, 12 mai 2003

Dans cette affaire, des images intimes d'une chanteuse (Lorie) avait fait l'objet d'un photomontage publié sur un site. La chanteuse reprochait au moteur de recherche de proposer un lien vers le site. Le Tribunal a refusé de reconnaître une obligation de surveillance.

Jurisprudence : Cour de cassation, 3 février 2004, 03-84.825

Dans cette affaire, M. X est poursuivi pour diffusion de message violent, pornographique ou portant atteinte à la dignité humaine susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, faits réprimés par les articles 227-24 du code pénal qui prévoit que :

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de

trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »

M. X a envoyé en avril 2001 plusieurs messages électroniques destinés, selon lui, à M. Y.

En réalité, ses emails présentaient un contenu à caractère sexuel ; un email présentait un lien vers un site (Rotten) où l'on pouvait voir « *cadavre d'enfant autopsié et un fœtus découpé en morceaux* ».

Une plainte a été déposée.

En première instance, M. X a été condamné pour avoir transmis le lien.

En appel, le ministère public a requis la confirmation du Jugement au motif que « *l'envoi du lien qui permet d'accéder à un site comportant des messages violents ou pornographiques participe de leur diffusion en permettant la circulation des photographies litigieuses* »

La Cour d'appel relaxe finalement M. X au motif que l'email est une correspondance privée.

La Cour de cassation confirme cette relaxe au motif que « *l'envoi à un tiers majeur d'un message ne contenant que l'adresse d'un site et le lien permettant d'y accéder ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'article 227-24 du code pénal* ».

Autrement dit, la Cour considère que le fait de faciliter l'accès à un site litigieux par l'établissement d'un lien ne vaut pas réalisation de l'infraction de diffusion d'un « *message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine* ».

2.2.6. La responsabilité des gestionnaires de forum de discussion

Un forum de discussion est un moyen de communication au public.

En présence de faits litigieux (diffamation, insultes, etc.), les juges vont rechercher si le gestionnaire du forum exerce un contrôle éditorial sur les échanges.

A défaut de contrôle éditorial (modération *a posteriori*), il sera considéré comme un hébergeur soumis ainsi à une obligation de réactivité en cas de messages litigieux.

Dans le cas d'une modération *a priori*, le gestionnaire d'un forum de discussion est soumis à une responsabilité éditoriale. Il est effet considéré comme un éditeur de contenus. En présence d'une modération ou d'une fixation préalable du message litigieux avant sa diffusion, il est clair que sa responsabilité peut être engagée.

Cour d'appel de Versailles, 12 décembre 2007 Les Arnaques.com / E.R.F.

La société ERF est une agence de communication

L'Association Les Arnaques.com intervient dans les litiges entre les particuliers et les professionnels

ERF s'est aperçue que son nom était cité sur un forum de discussion géré par l'association et dédié aux victimes « de faux annuaires et guides bidons ». Il présentait des messages contenant

Devant le tribunal,

« L'Association Les Arnaques.com indique qu'on ne peut supprimer la libre critique et vider de sa substance la notion de protection du consommateur ; elle rappelle faire appel un modérateur qui intervient pour modérer les propos non conformes a posteriori (...).

Elle demande l'application de la loi du 21 juin 2004 ».

Le Tribunal considère :

« Que la loi applicable est celle du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui instaure un régime de responsabilité propre aux hébergeurs pour favoriser d'une part, le développement des échanges sur internet en évitant qu'en raison de risques juridiques ceux-ci soient amenés à censurer abusivement les propos, informations et discussions qu'ils hébergent afin de ne pas voir leur responsabilité engagée ;

Qu'ainsi, l'article 6-12 de la loi indique que ces hébergeurs ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère, ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ;

Que l'article 6-15 précise que la connaissance de ces faits est présumée acquise par les hébergeurs lorsqu'il leur est notifié, notamment, la description des faits litigieux et leur localisation précise, ainsi que les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;

Le Tribunal considère que :

« Que ce texte doit être appliqué aux organisateurs de forum non modérés ou modérés a posteriori ce qui est le cas en l'espèce et démontré par un constat d'huissier qui a pu envoyer un message en ligne

sans contrôle a priori ».

Le Tribunal considère que les notifications de ERF *« sont toujours restées “larges” vagues et générales, visant des “propos diffamatoires, mensongers et fallacieux” et “mettant en doute l’honnêteté et la probité” ».*

Il donne raison à l’association qui a répondu à ERF :

« qu’elle ne pouvait faire droit aux prétentions d’E.R.F. en l’absence de réponse aux demandes de précision quant aux faits reprochés et à leur emplacement, alors encore qu’un contrôle a posteriori avait été effectué »

L’action de la société ERF a été ainsi rejetée.

Jurisprudence : Cour d’appel de Paris, 15 mars 2007, Riff Productions / Mme Perline

La société RIFF PRODUCTIONS produisait, pour le compte de la société France 5 Télévision, l’émission « Arrêt sur image » animée par M. Schneidermann.

L’émission télévisée était complétée par la rédaction d’articles publiés sur internet et l’animation d’un forum.

La Cour rappelle les faits litigieux :

« Mme Perline, s’est vue confier par la société Riff Productions la rédaction des articles de septembre 2002 à juin 2003 sous la rubrique "Le cyber voyage de Mme Perline" puis l’animation du forum, toujours sous son pseudonyme, en août 2003.

Au cours de ce mois, elle a éliminée le message d’un internaute libellé en ces termes : "Consultez la page description du Conseil d’administration du réseau Voltaire, vous saurez qui est Perline".

Le 31 août 2003, M. Schneidermann demandait à Mme Perline de répondre sur le forum aux questions qui lui étaient posées à propos des messages censurés, notamment sur son engagement et son départ du comité de direction du "Réseau Voltaire". Mme Perline s’y refusait évoquant le droit au respect de sa vie privée.

Il l’avisait alors de son souhait de ne plus collaborer avec cette journaliste et informait la société Riff Productions de sa décision.

C’est dans ce contexte que le 9 septembre 2003, Mme Perline était mise à pied à titre conservatoire et convoquée pour le 17 suivant à un entretien préalable à un éventuel licenciement.

Elle était licenciée le 19 septembre 2003 »

La Cour a jugé ce licenciement abusif, au regard notamment de la suppression des messages reprochée à Mme Perline.

La Cour relève qu’elle a eu raison de supprimer le message litigieux :

« la charte du forum France 5 dispose : “Tous les forums de France 5 sont modérés, c’est-à-dire que nos modérateurs sont susceptibles de supprimer à posteriori toute contribution qui ne serait pas en relation avec le thème de discussion abordé...”

Considérant que l’allusion faite par un internaute de Mme Perline à l’association "Réseau Voltaire" répondant à cette définition, l’attitude de la salariée, qui s’est conformée à la réglementation de la

chaîne télévisée ne peut être critiquée ».

La Cour justifie la réaction de Mme Perline :

« Considérant que dans son message critiqué du 30 août 2003, Mme Perline se borne à exposer que les attaques personnelles ne sont pas acceptées sur le forum, qu'elle a engagé un procès contre Thierry M. et censurera les messages relatifs à ce sujet, que le forum risque d'être supprimé en cas d'abus et notamment de violation de la loi ;

Que les "menaces" qui lui sont reprochées se bornaient à mettre en garde les internautes contre un risque de suppression dans cette dernière hypothèse ; Qu'estimant, lors de sa dernière intervention, avoir eu tort d'intervenir sur ce forum, elle annonçait mettre un terme à cette activité ; Considérant qu'aucun de ces messages n'était de nature à lui faire encourir une quelconque sanction disciplinaire, s'agissant d'avertissements, suggérant au demeurant qu'une éventuelle fermeture du forum n'était pas de son ressort ».

PARTIE B – EXPLOITER SON PATRIMOINE INFORMATIQUE

TITRE 1 – LES REGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS

La notion de contrat est classiquement définie selon plusieurs caractéristiques :

- un acte juridique qui produit des effets de droit ;
- un acte unilatéral, bilatéral ou multilatéral ;
- une manifestation de l'autonomie de la volonté.

1. LA FORMATION, L'EXECUTION ET LA FIN DU CONTRAT

1.1 La formation du contrat

1.1.1 *Les conditions essentielles*

Selon l'article 1108 du Code civil, quatre conditions sont essentielles pour assurer la validité d'un contrat.

Il faut le « **consentement** » de la partie qui s'oblige ; autrement dit, son consentement ne doit pas être vicié par erreur, par le dol de l'autre partie, la violence de l'autre partie...

Il faut que ce lui qui s'oblige dispose de la « **capacité** » à contracter ; la loi distingue deux catégories d'« incapables » : les mineurs et les majeurs protégés (sous tutelle, par exemple) qui ne peuvent ainsi contracter, en principe, librement. Le mineur peut être admis cependant à contracter, suivant son âge et le peu d'importance de l'engagement.

Il faut que le contrat porte sur un « **objet certain** » qui forme la matière de l'engagement ; il est fait référence ici au contenu du contrat qui doit être « certain ».

- Par exemple, un contrat n'est pas valable s'il porte sur une chose qui n'existe pas ou qui n'existe plus.
- Une chose future peut faire l'objet d'un contrat, si elle est suffisamment déterminée ou déterminable (quantité, qualité).
- Cela suppose que l'objet soit possible

Il faut encore que la « cause » du contrat soit licite. Toute partie qui s'oblige doit le faire pour une « cause licite ». Cette notion renvoie aux motivations des parties : la raison, l'intérêt de contracter... Il ne faut pas que cette « cause » ou « motivation » soit interdite par la loi ou soit contraire aux bonnes mœurs (par ex. un contrat de location pour héberger des activités de prostitution).

1.1.2 *Autres conditions*

- La loi impose parfois un **écrit à titre de preuve** d'un engagement.

L'article 1341 impose un écrit afin de prouver un contrat portant sur toutes choses excédant la somme de 800 euros. En dessous de cette somme, la preuve est libre (témoignages, etc.). Entre commerçants, la preuve reste libre, quelque soit le montant.

L'écrit est parfois exigé pour assurer la **validité d'un acte juridique** (par exemple, un acte authentique devant un notaire en matière de vente immobilière).

- Les **écrits doivent être signés** (article 1316-4 du Code civil) par chaque partie ou par celui qui s'oblige unilatéralement.

Il faut noter que la mention « lu et approuvé », précédée de la signature, n'est pas une condition de validité du contrat ; elle n'a aucune conséquence juridique ou valeur juridique ; elle vise uniquement à attirer l'attention du signataire sur l'importance de son engagement.

- Pour les contrats entre plusieurs parties, il faut un **original du contrat** pour chaque partie (article 1325, al. 1er du Code civil).

- Il ne faut pas négliger l'importance des **rapports précontractuels**, autrement dit les pourparlers qui visent à négocier un contrat en formation.

Ces pourparlers peuvent être sources d'obligations (par ex. en cas de signature de lettre d'intention, de protocole d'accord, etc.) et de mise en jeu de la responsabilité de l'une ou des parties (par ex. en cas de rupture brutale des discussions).

1.2 L'exécution du contrat

Un contrat décrit un ensemble d'obligations que l'une ou l'autre des parties va devoir exécuter.

1.2.1 *Les obligations du professionnel de l'informatique*

. La **qualité du cocontractant** présente une importance particulière.

S'il s'agit d'un particulier ou encore un consommateur, le droit de la consommation³³ pourra trouver à s'appliquer.

Ce droit vise à protéger le consommateur³⁴ (obligations d'informations sur les prix, les conditions de vente, etc.).

Il peut avoir pour conséquences de faire annuler certains contrats ou certaines clauses jugées abusives³⁵.

Entre commerçants ou professionnels du même secteur, il y a moins de règles protectrices.

L'étendue des obligations des parties peut donc dépendre de leur qualité respective.

Il est possible de distinguer les principales obligations des parties en matière de contrats informatiques, celles qui s'imposent au professionnel de l'informatique et celles qui s'imposent à son client.

. **Une obligation de conseil.**

Il s'agit pour le professionnel de :

- **se renseigner** sur les besoins du client,
- de le **mettre en garde** le cas échéant sur les risques liés à l'utilisation de ses produits ou services ;
- de lui fournir les renseignements nécessaires au bon fonctionnement des produits et services qu'il propose.

Cette obligation pèse sur le professionnel dès la phase précontractuelle jusqu'à la fin du contrat liant à son client.

En principe, **cette obligation de conseil est une obligation de moyens et non de résultat.**

- L'obligation de résultat impose d'atteindre le résultat (ici : donner le bon conseil adapté à la situation du client).
- L'obligation de moyens impose seulement de fournir les meilleurs efforts en vue de parvenir à un résultat. Les usages professionnels sont alors importants afin d'apprécier l'étendue de l'obligation de moyens.

³³ Voir sur le site du Forum des droits sur internet, les divers droits du consommateur : foruminternet.org/particuliers/fiches-pratiques/consommateurs/

³⁴ Site de la DGCCRF : <http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr>

³⁵ Site de la Commission des clauses abusives : <http://www.clauses-abusives.fr>

Le devoir de conseil sera plus ou moins étendu suivant la compétence du client. Il est ainsi allégé en face d'un client disposant de connaissances techniques solides.

Jurisprudence : Cour de cassation, 11 juillet 2006

Les faits :

La société Conseil développement assistance (CDA) a vendu à la société Téléfil santé un progiciel « assur 2 top ». La société Téléfil a réglé deux acomptes et a invoqué des dysfonctionnements pour refuser de payer le solde du prix. Elle a demandé à la société CDA l'indemnisation du préjudice qui lui aurait été causé.

La Cour d'appel a refusé de condamner la société CDA car elle a estimé que :

«La société Téléfil santé n'avait pas informé la société CDA que la police de caractère « Roman » n'existait pas sur son imprimante ».

Autrement dit, pour la Cour d'appel, le fait que le client n'ait pas précisé cet élément (à l'origine des dysfonctionnements) dégage le développeur de toute responsabilité.

La Cour de cassation est d'avis contraire et estime que :

« le vendeur professionnel d'un matériel informatique est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil envers un client dépourvu de toute compétence en la matière ».

***.* Une obligation de délivrance.**

Il s'agit d'une **obligation essentielle** qui présente souvent le caractère d'une obligation de résultat.

Elle consiste à livrer la chose attendue (le site, le logiciel, etc.) avec les accessoires (documentation, etc.) permettant de l'utiliser (les codes sources ne sont pas considérés comme un accessoire ; leur livraison doit être explicitement prévue).

Il faut également que cette chose soit livrée :

- dans les **délais convenus** et
- qu'elle soit **conforme** à ce qui était convenu – d'où l'importance de bien définir la chose à livrer.

Le professionnel peut dégager sa responsabilité, souvent en raison des faits du client.

1.2.2 Les obligations du client

Le client est tenu de **collaborer** dans la définition de ses besoins, informer le professionnel de tous les éléments de sa demande.

Il est tenu de **réceptionner** la chose prévue. Il s'agit de vérifier et approuver le travail ou la chose livrée. A cet effet, il est souvent prévu une procédure de recette, provisoire et définitive.

Enfin, le client est tenu de **payer le prix** convenu, selon les modalités convenues.

1.2.3 *Les difficultés d'exécution des obligations des parties*

- Diverses possibilités existent en présence d'inexécutions d'obligations (par exemple : obligation de délivrance, obligation de procéder à la recette, de donner telle information, de payer le prix convenu, de corriger telles erreurs, etc.).

La **discussion entre les parties**, notamment dans le cadre de procédure de résolution de difficultés, peut permettre de débloquent une situation de conflit. Par exemple, les contrats peuvent prévoir qu'en cas de difficultés, le conflit est tranché par les supérieurs hiérarchiques des opérationnels.

A défaut de solution, il convient alors de **mettre en œuvre les procédures** contraignantes prévues dans le contrat. Il s'agit souvent alors de mettre en demeure l'autre partie d'exécuter son obligation.

- **L'exception d'inexécution** (article 1602 du code civil), qui consiste à ne pas exécuter sa propre obligation tant que l'autre partie n'a pas exécutée la sienne, peut être un moyen de pression.

- L'interdépendance des obligations peut rendre illégitime le recours à cette mesure.
- Cette mesure doit cependant être temporaire.
- Il faut qu'elle soit proportionnée à l'inexécution initiale reprochée et mis en œuvre de bonne foi (i.e. par tardivement par exemple).

Cette mesure est toujours mise en œuvre aux risques et périls de celui qui l'invoque ; si une action judiciaire devait s'en suivre, le tribunal peut toujours considérer que cette mesure était fautive.

- Une **clause pénale**, prévue dans le contrat, peut permettre d'inciter à exécuter l'obligation.

Elle a pour but de fixer par avance les modalités de calcul des indemnités à payer en raison d'un manquement, ce qui peut dissuader d'inexécuter une obligation ou encore inciter à y remédier.

- La **médiation** peut être un recours susceptible de débloquent une situation, avant de saisir un tribunal ou un arbitre.

1.3 La fin du contrat

Le contrat prend fin quand l'objet du contrat est atteint et que les obligations des parties ont été exécutées.

En dehors de cette situation classique, il peut être mis fin au contrat par résiliation ou résolution.

La résiliation consiste, le plus souvent, à mettre fin au contrat par application des dispositions prévues à cet effet.

La résiliation n'a d'effet que pour l'avenir alors que la résolution vise à remettre les parties dans l'état auquel elles se trouvaient avec de contracter (elle suppose la restitution des sommes versées, des choses livrées...).

2. LA DEMATERIALISATION DU CONTRAT

2.1 La reconnaissance de l'écrit numérique

2.1.1 Evolution de la loi

- Avant la loi du 13 mars 2000, la preuve était libre pour établir un fait (une obligation contractuelle par exemple).

Particulièrement entre professionnels, il était possible d'opposer des échanges électroniques.

Un écrit numérique pouvait donc servir de commencement de preuve.

Le juge appréciait toutefois souverainement la valeur des ces preuves.

- Depuis la loi du 13 mars 2000 (articles 1316 et s. du Code civil), l'écrit sur support électronique a la **même valeur probatoire** que l'écrit sur support papier.

Deux conditions doivent être remplies :

- il faut pouvoir identifier la personne dont il émane ;
- il faut que l'écrit puisse être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

La reconnaissance de l'écrit électronique imposait d'admettre la signature électronique.

Le législateur a ainsi également reconnu la validité de la signature électronique dans la mesure où elle « *résulte d'un procédé fiable d'identification, garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ».

Aujourd'hui, l'écrit électronique est parfaitement équivalent à l'écrit sur support papier. Par ailleurs, il y a équivalence automatique entre la signature manuscrite et papier.

- Depuis la loi du 21 juin 2004, l'écrit électronique est également admis lorsqu'un écrit est exigé pour la **validité** d'un acte juridique – sauf quelques exceptions (par exemple, les contrats de mariage).

2.2 La signature électronique

La loi du 13 mars 2000 (article 1316-4 du code civil) dispose que : « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte.*

Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Il y a ainsi une **présomption de fiabilité** du système de signature électronique utilisé si plusieurs conditions sont réunies.

Le décret du 30 mars 2001 est venu préciser ces conditions.

Il faut une **signature sécurisée** (i) qui répond à plusieurs critères :

- elle est propre au signataire ;
- créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- permet de garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

Il faut également un **dispositif de création sécurisée de la signature** (ii) qui doit répondre également à certaines exigences. Le dispositif doit ainsi, par exemple :

« I. Garantir par des moyens techniques et des procédures appropriés que les données de création de signature électronique :

a) Ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ;

b) Ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ;

c) Peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers.

N'entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer. »

Le respect de ces exigences doit faire l'objet d'une certification officielle, notamment par un organisme agréé par le gouvernement (Direction Centrale de la sécurité des systèmes d'information³⁶).

Il faut enfin utiliser un « **certificat électronique qualifié** » (iii).

Ce certificat va permettre de vérifier la signature apposée ; il est délivré par un prestataire agréé.

Le certificat est une sorte de carte d'identité numérique qui permet d'établir un lien entre une personne et sa clé publique. En somme, ce système permet par un tiers de confiance de certifier l'authenticité de la signature électronique via la délivrance d'un certificat.

³⁶ <http://www.ssi.gouv.fr/>

2.3 La formation en ligne du contrat

. Une ordonnance du 16 juin 2005 encadre (articles 1369 et s. du Code civil) les contrats sous forme électronique.

Elle prévoit des dispositions en matière d'échanges d'informations précontractuelles :

La voie électronique est possible pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services.

Cette mise à disposition doit permettre leur conservation et reproduction.

. Elle prévoit des dispositions en matière de formation du contrat par voie électronique³⁷.

Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

Ce formalisme est écarté :

- dans le cas où le contrat, portant sur la fourniture de biens ou de services, est conclu exclusivement par échange de courriers électroniques ;
- dans le cas où les parties sont des professionnels.

³⁷ Voir le guide « Bien acheter en ligne » du Forum des droits sur l'internet : <http://www.foruminternet.org/particuliers/guides/guide-pour-bien-acheter-en-ligne-2954.html>

Jurisprudence : Cour de cassation, 4 décembre 2008

Cette décision confirme que l'écrit électronique doit respecter les dispositions de l'article 1316-1 du Code civil.

Une caisse d'assurance maladie décide de prendre en charge la maladie d'une salariée comme une maladie d'origine professionnelle. Cette reconnaissance suppose d'informer l'employeur.

La caisse d'assurance adresse cette information le 20 janvier 2003.

L'employeur engage une action pour contester ce classement en maladie professionnelle et conteste, à cette occasion, avoir reçu l'information de la caisse d'assurance.

Devant la Cour d'appel, la caisse produit un enregistrement informatique du courrier (impression papier réalisée en 2004 sur du papier à entête de l'enregistrement informatique de 2003).

La Cour accueille cette preuve en considérant que la preuve de l'envoi peut être faite par tous moyens et qu'il ne peut pas lui être reproché de n'avoir gardé qu'une copie informatique.

La Cour de cassation va casser cette décision.

Elle rappelle que :

« lorsqu'une partie n'a pas conservé l'original d'un document, la preuve de son existence peut être rapportée par la présentation d'une copie qui doit en être la reproduction non seulement fidèle mais durable (...) »

l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'enregistrement du 20 janvier 2003 répondait aux exigences des textes ci-dessus : reproduction fidèle et durable, datée.

En l'espèce, le document produit ne reproduisait même pas la signature de l'auteur du courrier, alors que le prétendu courrier envoyé en comportait une ; la copie n'était donc pas fidèle.

La Caisse ne rapportait par ailleurs aucunement la preuve de la conservation du fichier (et toutes les interventions sur le document) dans des conditions conformes aux exigences légales, autrement dit il était fort possible que le document ait été créé pour les besoins de la cause.

En définitive, la Cour de cassation met à la charge de celui qui invoque un écrit électronique de prouver l'origine du document et sa date de création, sa conservation dans des conditions conformes aux exigences légales.

Jurisprudence : Cour de cassation, 27 mai 2008

M. X souscrit un contrat, via internet, d'assurance de sa moto le 16 décembre 2002. Il a un accident huit jours plus tard. M. X a réglé la prime d'assurance le 30 décembre 2002.

L'assureur a annulé le contrat le 25 janvier 2003 aux motifs que M. X n'avait pas adressé les documents sollicités. L'assureur a ainsi refusé de prendre en charge l'accident, car pour lui le contrat n'a jamais été formé en l'absence de transmission des documents.

La Cour d'appel avait condamné l'assureur en relevant que :

- les informations attendues devaient émaner de l'ancien assureur de M. X. Ce dernier ne maîtrisait pas ainsi la transmission de ces informations (M. X était assuré aux Etats-Unis qui ont un système différent qui ne prévoit pas l'envoi des informations demandées par le nouvel assureur) ;
- les informations fournies lors de la souscription en ligne sont exactes.

Pour la Cour d'appel, au jour de l'accident M. X était assuré.

La Cour de cassation confirme la condamnation de l'assureur aux motifs que :

« Le contrat ayant été conclu par internet, M. X a rempli le questionnaire du site, qu'il a demandé à être assuré immédiatement et qu'il lui a été répondu : 'sous réserve de l'exactitude de ses déclarations et dans un délai de trente jours de l'envoi d'un relevé d'informations confirmant vos déclarations et de l'encaissement de votre prime, vous êtes assuré à compter du jour de la demande' »

La demande d'assurance a été acceptée au jour où elle a été formée »

2.4 L'archivage électronique

***-* La reconnaissance de la valeur de l'écrit numérique a rendu nécessaire de mettre en place un archivage électronique sécurisé permettant de conserver à l'écrit sa valeur.**

Au-delà de cette nécessité, la loi impose parfois de conserver certains documents pendant plusieurs années, ce qui impose encore de mettre en place un archivage sécurisé.

Par exemple, la loi LCEN a inséré un article L. 134-2 au code de la consommation qui prévoit ainsi, dans les rapports entre un professionnel et un consommateur, que :

« lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande ».

Ce délai a été fixé à 10 ans par le décret du 16 février 2005 qui a également fixé à 120 euros le seuil à partir duquel l'archivage du contrat est obligatoire.

- L'archivage doit répondre à plusieurs exigences :

- garantir l'authenticité du document,
- assurer l'intégrité et la pérennité du contenu ;
- garantir sa lisibilité (problème de l'obsolescence des formats).

Les systèmes d'archivages, afin de garantir ces conditions, obéissent le plus souvent à des normes.

Par exemple, le 26 février 2009, le Journal officiel³⁸ a publié l'homologation par l'Association Française de Normalisation (AFNOR) de la révision de la norme consacrée à l'archivage électronique :

« NF Z42-013 (décembre 2001). — Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes (homologuée le 20 novembre 2001) (indice de classement : Z42-013) ».

³⁸ Disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>

TITRE 2 – LES REGLES PARTICULIERES A CERTAINS CONTRATS

- Il ne s'agit pas ici de présenter en détails les différents contrats rencontrés en matière de logiciel, de site internet, de bases de données, etc.

Il s'agit de présenter les clauses particulièrement importantes à surveiller dans les contrats les plus courants.

Voir sur le site « *JurisInternational* » de nombreux contrats en accès libre :

⇒ <http://www.jurisint.org/fr/con/>

Voir en fin de cours d'autres liens.

1. L'ETUDE, LA REALISATION ET LA MAINTENANCE

1.1 Les contrats préparatoires à un projet informatique

1.1.1 *Le contrat d'étude*

- Il peut arriver, souvent pour des projets informatiques de grandes ampleurs, que le client souhaite disposer d'**étude préalable** avant de s'engager.

Elle vise à :

- étudier l'opportunité (coût, difficultés techniques, délais, etc.) du projet, la faisabilité d'un projet
- rédiger un cahier des charges destiné à servir de bases au développement, voir à présenter un appel d'offre.

Dans ce type de contrat, l'obligation de conseil du professionnel est particulièrement renforcée dans la mesure où il s'agit de l'objet même du contrat (i.e. donner des conseils).

- Il faudra surveiller :

- la définition précise de l'**objet de l'étude** qui va être la référence de l'obligation de conseil du professionnel,
- **les délais d'exécution**, en veillant (du point de vue du professionnel) à laisser la possibilité d'un prolongement des délais ;
- la **collaboration du client**, essentielle afin de mener l'étude,
 - o dans la communication d'informations sur l'état actuel de son système informatique, par exemple, et sur ses besoins ;
 - o dans l'accès aux ressources éventuellement utiles à l'étude.

- la **confidentialité** des informations recueillies que le client exigera le plus souvent ; même en l'absence d'une clause de confidentialité, il reste prudent de protéger les informations reçues (action en responsabilité toujours possible, suivant les situations) ;
- la **propriété** des résultats de l'étude et la possibilité (ou non) pour le professionnel de réutiliser l'étude.

- Une variante de cette prestation peut consister à réaliser un **audit informatique**.

Il s'agit alors pour le prestataire informatique d'observer les moyens informatiques mis en œuvre par le client, de vérifier s'ils sont conformes....

1.1.2 Le contrat d'assistance

- Lorsque le projet informatique fait intervenir plusieurs prestataires, plusieurs cas de figures peuvent se présenter.

Chaque prestataire peut intervenir de manière indépendante. Cela suppose que le client puisse coordonner l'ensemble des prestations.

- La **sous-traitance** désigne le cas où le prestataire informatique va déléguer tout ou partie des prestations qui lui ont été confiées à un tiers.

Le recours à la sous-traitance peut être interdit par voie contractuelle.

- La **maîtrise d'ouvrage** désigne celui qui va bénéficier du projet informatique, qui définit ses besoins et va réceptionner les développements.

La **maîtrise d'œuvre** désigne celui qui va définir les solutions à apporter et va réaliser le projet informatique.

Un client peut solliciter une **assistance dans la maîtrise d'ouvrage** en aidant le client à définir ses besoins, à procéder aux recettes des développements, le respect du budget, etc.

L'intérêt de recourir à une telle assistance est multiple :

- faciliter l'expression de ses besoins...
- bénéficier d'une expertise, d'une expérience...
- faciliter les développements (meilleurs dialogues)...
- améliorer l'efficacité des recettes...

1.2 Le contrat de réalisation

Le contrat peut porter sur la réalisation d'un logiciel, d'un site internet, etc.

1.2.1 *Spécifications techniques*

. Ces précisions, qui peuvent être contenues dans le contrat ou ses annexes (cahier des charges, etc.), sont importantes car elles serviront de références pour apprécier la conformité de la livraison de l'objet, en fonction des besoins exprimés par le client

Il s'agira, par exemple, de préciser l'environnement du développement, (outils de développements, etc.), l'analyse fonctionnelle, organique, etc.

. Il est important d'encadrer **les nouvelles demandes** du client qui pourraient survenir en cours de développement (ce qui arrive souvent).

- ⇒ Surtout lorsque le prix convenu est forfaitaire (risque de perdre ses marges)
- ⇒ Il peut être difficile de les interdire, mais il faut :
 - définir ce qu'est une nouvelle demande ;
 - prévoir qu'elles fassent l'objet d'un accord explicite qui fixera éventuellement les conséquences de ces nouvelles demandes (délais, prix, etc.).

La dérive des coûts est une source fréquente de contentieux.

1.2.2 *Organisation du développement*

Le contrat peut prévoir un chef de projet chez le développeur et un interlocuteur chez le client, ainsi que les moyens humains mis à disposition ou consacré au projet.

Il devra impérativement prévoir un calendrier de développement, décomposé éventuellement en différentes phases.

Jurisprudence : Cour de cassation, 22 janvier 2008

Les faits :

La société AFPP a confié à la société Courant alternatif l'élaboration d'un programme informatique devant être livré le 16 janvier 2003, pour un prix forfaitaire de 13 156 euros sur lesquels elle a versé 7 400 euros.

Aucune livraison n'étant intervenue le 23 juin 2003, la société AFPP a résilié le contrat et assigné la société Courant alternatif.

La Cour d'appel :

Elle a estimé que la rupture du contrat était justifiée et a condamné la société AFPP à payer 7 400 euros à titre de dommages-intérêts.

La Cour d'appel relève que la société Courant alternatif n'a pas respecté les termes du marché.

La Cour de cassation va casser l'arrêt de la Cour d'appel :

Elle estime que la Cour d'appel devait rechercher si le non respect du délai de livraison revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture.

Jurisprudence : Cour d'appel de Versailles, 18 janvier 2007

Les faits :

« la société JARS a accepté l'offre de la société CCMX tendant à la mise en place d'un progiciel de gestion intégrée "CCMX Business" devant être installé avant fin 2001 et comportant trois modules : comptabilité, gestion commerciale et gestion de production.

Par contrat de licence du 5 mars 2001, la société JARS a acquis les droits d'utilisation du logiciel CCMX Business et a commandé des prestations pour un montant total de 84.231,26 € HT avec paiement d'une redevance mensuelle de maintenance de 851,13 € HT. Par contrat du 9 juillet 2001, la société JARS a acquis les matériels nécessaires pour un montant de 2.951,57 € HT.

(...) Les modules de comptabilité et de gestion commerciale, après validation le 11 juillet 2001, ont démarré les 28 septembre et 12 novembre 2001, puis ont été réceptionnés avec réserves le 21 juin 2002, la levée des réserves demandant sept mois supplémentaires.

En revanche, la mise en place du module gestion de production a rencontré d'importantes difficultés techniques, liées à la mise au point du planificateur SPCF.

Le 3 février 2003, la société JARS a notifié à la société CCMX sa décision d'arrêter l'installation du module gestion de production, tout en poursuivant l'exploitation des deux autres modules.

(...)

« C'est dans ces conditions que par actes des 8 et 9 septembre 2003, la société JARS a fait assigner devant le tribunal de commerce de Nanterre la société CCMX (...) aux fins de voir prononcer aux torts exclusifs de la société CCMX la résolution des conventions des 5 mars et 9 juillet 2001 ».

La Cour d'appel :

Elle a estimé que la rupture du contrat était justifiée : *« aucune faute ne peut être reprochée à la société JARS, laquelle était fondée, compte tenu d'un retard de plus de dix huit mois, à mettre un terme au projet ainsi qu'elle l'a fait ».*

Dans cette affaire un retard de 18 mois a été ainsi considéré comme justifiant une rupture.

1.2.3 Procédure de recette

***-* Le contrat devra impérativement prévoir les conditions de recette de l'objet du développement.**

La recette marque l'achèvement de la réalisation, la vérification de cette réalisation par le client par rapport aux spécifications prévues.

Elle constitue le point de départ de la garantie contractuelle.

La clause de recette vise à prévoir le moment de la recette et ses modalités pratiques (support, format, etc.). Il est préférable également d'évoquer la remise de la documentation du logiciel.

En pratique, la recette est formalisée par un « procès-verbal » contradictoire signé par les parties. Elle s'effectue souvent en deux temps : une recette provisoire, puis une recette définitive.

***-* La recette provisoire** donne lieu à des tests effectués par l'une ou les deux parties.

Elle vise à procéder à la « vérification d'aptitude au bon fonctionnement » du logiciel par références aux besoins exprimés du client.

Le plus souvent, le client procèdera à des tests pendant une période de temps.

Des réserves peuvent être émises à l'occasion de l'établissement du procès-verbal :

- les réserves mineurs seront corrigées les plus souvent sans bloquer la poursuite du projet ;
- les réserves majeures peuvent suspendre la procédure de recette provisoire jusqu'à la correction des difficultés.

***-* La recette définitive** vise à s'assurer de la conformité des développements en « service régulier ».

Toutes les anomalies sont signalées par le client.

Il est préférable de prévoir un seuil minimal d'anomalies qui n'empêchera pas la recette définitive.

***-* Le client est obligé de procéder à la recette des développements ; c'est le corollaire de l'obligation pour le développeur de livrer le logiciel.**

Durant cette phase de recette, l'obligation de collaboration du client est essentielle : communication d'informations, participation aux réunions, validation des procédures de tests, rédaction de fiches d'anomalies, etc.

Le client a la charge de prouver que le logiciel n'est pas conforme.

Une recette sans réserves décharge le développeur de son obligation de livraison conforme et constitue le point de départ des garanties ou de la maintenance.

Jurisprudence : Cour d'appel de Toulouse, 29 juin 2004

Dans cette affaire, un client avait demandé la résolution du contrat au motif que le logiciel spécifique développé par le prestataire ne permettait pas d'assurer une sauvegarde des données.

La Cour a estimé que s'il s'agit bien d'une anomalie, cela ne justifie pas la résolution du contrat, mais juste l'attribution de dommages et intérêts.

1.2.4 *Clause de propriété intellectuelle*

- Le contrat doit prévoir une clause évoquant les droits acquis par le client.

- ⇒ Le plus souvent, il s'agira soit de fixer les termes d'une licence (d'utilisation, de distribution...) ou d'une cession partielle ou totale des droits sur le logiciel.

Suivant l'étendue des droits acquis par le client, le prix des développements peut évoluer.

La cession impose de respecter les mentions prévues par l'article L. 131-3 du CPI³⁹ : droits cédés, droits conservés, etc.

- L'intérêt pour le développeur de conserver la propriété intellectuelle du développement peut-être de conserver ainsi la maintenance du développement, de réutiliser les développements pour des tiers.

L'intérêt pour le client d'acquérir la propriété du développement sera, a contrario, de devenir autonome par rapport à l'exploitation et la maintenance du développement, éviter toute réutilisation (notamment au profit de concurrent).

- Le corollaire de la clause de propriété intellectuelle est souvent la **garantie d'éviction** qui consiste pour le professionnel à garantir qu'il est bien titulaire des droits sur le développement.

1.2.5 *La question des codes sources*

- **L'accès aux codes sources se pose le plus souvent pour les solutions informatiques complexes qui vont nécessiter une maintenance.**

Les codes sources sont indispensables pour comprendre le fonctionnement d'une solution et pour corriger ses dysfonctionnements, la faire évoluer.

- ⇒ Aucune disposition légale n'impose de fournir les codes sources avec un développement.
- ⇒ Quand il s'agit d'un logiciel standard (progiciel), la jurisprudence n'impose pas la délivrance des codes.
- ⇒ Quand il s'agit d'un logiciel spécifique, la question de l'accès aux codes sources est plus discutée. Toutefois, une jurisprudence dominante considère qu'en l'absence de dispositions contractuelles, il n'y a pas d'accès aux codes sources ; l'utilisateur ne disposant que d'un simple droit d'utilisation du logiciel.

- La clause de propriété intellectuelle pourra être complétée ainsi en évoquant le sort des codes sources, d'une part, et des outils, méthodes et savoir faire employés par le développeur, d'autre part. Le sort des outils, méthodes et savoir faire doit être précisé : soit le client acquiert certains droits, il faut alors délimiter précisément les droits acquis et l'étendue des outils, méthodes et savoir-faire acquis : soit le client n'acquiert rien...

³⁹ Article L. 131-3 : *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. (...).*

- Les parties à un contrat peuvent convenir de procéder à un « **entiercement** » des codes sources.

Il s'agit de déposer les codes sources auprès d'un tiers de confiance (huissier, notaire, APP, etc.) qui va les conserver. Le tiers de confiance (autrement appelé « séquestre) pourra les restituer dans certaines circonstances : liquidation judiciaire, cessation d'activité, tierce maintenance...

Les parties vont ainsi passer un contrat⁴⁰ avec le tiers précisant, notamment, les conditions d'accès aux codes sources.

1.2.6 Clause de réserve de propriété

Du point de vue du développeur, il peut être intéressant de prévoir une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement de l'intégralité du prix convenu. En d'autres termes, si le client ne paie pas, il n'acquiert pas la propriété des développements.

Du point de vue du client, il peut être intéressant de prévoir une clause de transfert de propriété au fur et à mesure des développements.

1.2.7 Garantie

- Le développeur est tenu à une garantie légale, même en l'absence de clause.

L'article 1641 du Code civil prévoit en effet que : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* »

- Le contrat doit prévoir les garanties contractuelles offertes ou non.

Le cas échéant, elle consiste *a minima* à s'engager à corriger certaines erreurs, à définir, pendant une durée, à préciser. Les parties peuvent décider un contrat de maintenance, à l'issue de cette garantie contractuelle.

Les clauses limitatives de responsabilité sont en principe valables entre professionnels.

⁴⁰ Voir un exemple de contrat proposé par l'APP : http://app.legalis.net/deposer.php3?id_rubrique=41

Jurisprudence : Cour de cassation, 13 février 2007

Les faits :

La société Faurecia a souhaité en 1997 déployer sur ses sites un logiciel intégré couvrant principalement la gestion de production et la gestion commerciale.

Conseillée par la société Deloitte, elle a choisi le logiciel V 12, proposé par la société Oracle mais qui ne devait pas être disponible avant septembre 1999.

Un contrat de licences, un contrat de maintenance et un contrat de formation ont été conclus le 29 mai 1998 entre les sociétés Faurecia et Oracle, tandis qu'un contrat de mise en œuvre du "programme Oracle applications" a été signé courant juillet 1998 entre les sociétés Faurecia, Oracle et Deloitte.

En attendant, les sites ibériques de la société Faurecia ayant besoin d'un changement de logiciel pour passer l'an 2000, une solution provisoire a été installée. Aux motifs que la solution provisoire connaissait de graves difficultés et que la version V 12 ne lui était pas livrée, la société Faurecia a cessé de régler les redevances.

Le litige :

Assignée en paiement par la société Franfinance, à laquelle la société Oracle avait cédé ces redevances, la société Faurecia a appelé en garantie la société Oracle puis a assigné cette dernière et la société Deloitte aux fins de nullité pour dol ou résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés par les parties.

La Cour d'appel a prononcé la résolution partielle du contrat de licences et la résiliation du contrat de formation en date du 29 mai 1998 aux torts de la société Oracle, et a constaté la résiliation des contrats de maintenance et de mise en œuvre. La Cour d'appel a condamné en la société Oracle.

La Cour de cassation

- va estimer que la Cour d'appel a eu tort de limiter les sommes dues par la société Oracle à la société Faurecia à la garantie de la condamnation de cette société au paiement de la somme de 203 312 euros à la société Franfinance et de rejeter les autres demandes de la société Faurecia ;
- considère que la clause de limitation de responsabilité ne peut s'appliquer dans la mesure où la société Oracle s'était engagée à livrer la version V 12 du progiciel, objectif final des contrats passés en septembre 1999 et qu'elle n'avait exécuté cette obligation de livraison ni en 1999 ni plus tard sans justifier d'un cas de force majeure, puis relevé qu'il n'avait jamais été convenu d'un autre déploiement que celui de la version V 12.

La Cour de cassation considère qu'il s'agit d' « *un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* ».

NB : l'affaire continue, la Cour d'appel de renvoi a jugé récemment la clause valable... contrairement à la position de la Cour de cassation. Affaire à suivre.

1.3 Le contrat de maintenance

- Les interventions de maintenance sont diverses.

La maintenance peut porter sur un progiciel, un site internet, une base de données, etc.

Elles consistent systématiquement à essayer de « maintenir » le système informatique à son meilleur niveau de performance.

- Le contrat de maintenance peut être l'accessoire d'un contrat principal, par exemple, un contrat de développement. Les deux contrats pourront être négociés en même temps.

Le contrat de maintenance peut être autonome de tout autre contrat, comme par exemple, quand un client recourt à une tierce maintenance.

- Il faudra prendre un soin particulier à fixer dans le contrat des clauses destinées à définir :

- les **caractéristiques du système à maintenir**, son environnement...
- le **type de maintenance** attendu : préventive, corrective, évolutive ;
- les **exclusions** de la maintenance prévue en présence par exemple d'une anomalie due à une utilisation anormale du système, à un non respect des préconisations, etc.
- les **modalités pratiques** de mise en œuvre des opérations de maintenance : ordre d'intervention (téléphone, email, etc.), **délais d'intervention**, compte-rendu d'intervention...
 - o L'encadrement des délais passera par la définition d'un temps maximal d'intervention du mainteneur.
 - o Il sera utile de prévoir les disponibilités du mainteneur.
- des motifs particuliers de **résiliation anticipée du contrat**, quand – par exemple – certaines conditions rendent impossible la poursuite de la maintenance (mauvaise utilisation par le client du système, modification de l'environnement informatique du client, etc.).

2. L'EXPLOITATION

2.1 Le contrat de licence

2.1.1 *Objet du contrat*

- On parle de « **cession** » pour évoquer le transfert définitif à un tiers de tout ou partie des droits (sur un logiciel, par exemple).

- ⇒ Le cédant désigne celui qui cède ; le cessionnaire désigne celui qui bénéficie de la cession.
- ⇒ Le cédant est dépossédé de ses droits.

On parle de « **concession** » ou de « **licence** » pour évoquer le transfert temporaire, exclusif ou non, d'un ou plusieurs droits.

- ⇒ Le concédant (ou donneur de licence) désigne celui qui concède ; le concessionnaire (ou licencié) désigne celui qui bénéficie de la concession (licence).
- ⇒ Le concédant conserve ses droits.

- **Le contrat de licence vise à autoriser un tiers à exploiter l'objet du contrat (logiciel, site internet, base de données, etc.).**

En d'autres termes, il vise à concéder des droits au tiers.

Ces droits peuvent être différents selon l'objet du contrat.

- ⇒ Le titulaire des droits sur le **logiciel** pourra concéder les droits visés à l'article L.122-6 du CPI, c'est-à-dire le droit d'autoriser :
 - la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme ;
 - la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant (...).
- ⇒ Le titulaire des droits sur **la base de données** pourra concéder les droits visés articles L. 112-3 du CPI, L.342-1 et suivants du CPI.
- ⇒ Le titulaire des droits sur **le site internet** pourra concéder les droits d'auteur qu'il détient sur l'ensemble et les composantes du site.

- Le contrat d'exploitation, par exemple, d'une base de données présente quelques caractéristiques.

Le contrat devra préciser :

- les conditions d'accès à la base de données : connexion à distance, sur support physique.
- définir si l'utilisateur bénéficie d'un droit d'accès ou également d'un droit d'extraction (il pourra être précisé la destination des données extraites et leur utilisation : exclusion par exemple la possibilité de constituer une autre base de données).

2.1.2 *Consentement de l'utilisateur*

. En matière, par exemple, de logiciel standard distribué sur support physique, il est souvent utilisé une licence d'utilisation non négociable appelée « *shrink wrap license* » qui se trouve dans l'emballage.

L'utilisateur est averti autour de l'emballage de l'existence de cette licence. L'ouverture de l'emballage suppose ainsi le consentement de l'utilisateur à la licence.

Sur internet, l'installation d'un logiciel (ou l'usage d'une base de données ou d'un site internet, etc.) est souvent conditionnée à l'acceptation préalable d'une licence...

Exemple du contrat de licence CeCILL (extraits)

« Article 3 - ACCEPTATION

3.1 L'acceptation par le Licencié des termes du Contrat est réputée acquise du fait du premier des faits suivants:

- (i) le chargement du Logiciel par tout moyen notamment par téléchargement à partir d'un serveur distant ou par chargement à partir d'un support physique;*
- (ii) le premier exercice par le Licencié de l'un quelconque des droits concédés par le Contrat.*

3.2 Un exemplaire du Contrat, contenant notamment un avertissement relatif aux spécificités du Logiciel, à la restriction de garantie et à la limitation à un usage par des utilisateurs expérimentés a été mis à disposition du Licencié préalablement à son acceptation telle que définie à l'article 3.1 ci dessus et le Licencié reconnaît en avoir pris connaissance »

2.1.3 Modalités de livraison et d'installation

Le contrat va prévoir les modalités d'installation, l'environnement requis, etc.

2.1.4 L'étendue des autorisations consenties

- L'éditeur (qui a investi dans le développement d'un logiciel standard, par exemple) va chercher à rentabiliser cet investissement en accordant le plus possible de licences.

Cette clause va déterminer précisément :

- l'étendue des droits concédés (droit de reproduction, de modification...), à titre exclusif ou non,
- la destination des droits concédés (les droits sont concédés pour une installation monoposte, multiposte, pour un usage commercial ou non,...),
- le lieu d'exploitation,
- la durée de la licence (durée déterminée ; indéterminée – autrement dit pour toute la durée de la protection légale – le cas le plus fréquent).

D'autres éléments peuvent être utiles :

- indiquer que la licence est personnelle, non-transférable et non-cessible (autrement dit, l'utilisateur n'acquiert que le droit d'utiliser).

Exemple du contrat de licence du logiciel Windows Movie Maker » (extraits)

« 1. CONCESSION DE LICENCE. Le Fabricant vous concède les droits suivants, sous réserve que vous respectiez l'ensemble des termes du présent CLUF :

1.1 Installation et utilisation. Vous êtes autorisé à installer, utiliser, accéder à, afficher ou exécuter un (1) exemplaire du LOGICIEL sur l'ORDINATEUR. Le LOGICIEL ne peut pas être utilisé par plus de deux (2) processeurs à la fois sur l'ORDINATEUR, sauf si un nombre de processeurs plus élevé est indiqué sur le COA.

1.2 LOGICIEL en tant que composant de l'ORDINATEUR - Transfert. Cette licence ne peut pas être partagée, transférée ou utilisée de manière concomitante sur plusieurs ordinateurs (...).

1.3 Activation obligatoire. Les droits de licence qui vous sont concédés au titre du présent CLUF sont limités aux trente (30) premiers jours à compter de votre installation initiale du LOGICIEL, à moins que vous ne fournissiez les informations requises pour activer votre exemplaire sous licence, de la manière décrite au cours de la procédure d'installation du LOGICIEL

1.4 Connexion des Dispositifs. Vous êtes autorisé à connecter un maximum de dix (10) ordinateurs ou autres dispositifs électroniques (chacun étant désigné comme un " Dispositif ") à l'ORDINATEUR afin d'utiliser un ou plusieurs des services suivants du LOGICIEL : les services de fichiers, services d'impression, services d'information Internet, le partage de connexions Internet et les services de téléphonie (...).

1.6 Copie de sauvegarde. VOUS ÊTES AUTORISÉ À EFFECTUER UNE (1) SEULE COPIE DE SAUVEGARDE DU LOGICIEL. CETTE COPIE DE SAUVEGARDE NE PEUT ÊTRE UTILISÉE QU'A DES FINS D'ARCHIVAGE ET POUR REINSTALLER LE LOGICIEL SUR L'ORDINATEUR. SAUF STIPULATION CONTRAIRE EXPRESSE DU PRESENT CLUF OU DES LOIS APPLICABLES DANS VOTRE PAYS (...). »

2.1.5 Garantie et responsabilité

L'enjeu consiste à encadrer la garantie contractuelle éventuellement offerte et la responsabilité du fait de l'usage de l'objet de la licence.

Exemple du contrat de licence CeCILL (extraits)

« Article 8 - RESPONSABILITE

8.1 Sous réserve des dispositions de l'article 8.2, le Licencié a la faculté, sous réserve de prouver la faute du Concédant concerné, de solliciter la réparation du préjudice direct qu'il subirait du fait du Logiciel et dont il apportera la preuve.

8.2 La responsabilité du Concédant est limitée aux engagements pris en application du Contrat et ne sauraient être engagée en raison notamment: (i) des dommages dus à l'inexécution, totale ou partielle, de ses obligations par le Licencié, (ii) des dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation ou des performances du Logiciel subis par le Licencié et (iii) plus généralement d'un quelconque dommage indirect. En particulier, les Parties conviennent expressément que tout préjudice financier ou commercial (par exemple perte de données, perte de bénéfices, perte d'exploitation, perte de clientèle ou de commandes, manque à gagner, trouble commercial quelconque) ou toute action dirigée contre le Licencié par un tiers, constitue un dommage indirect et n'ouvre pas droit à réparation par le Concédant.

Article 9 - GARANTIE

9.1 Le Licencié reconnaît que l'état actuel des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du Logiciel ne permet pas d'en tester et d'en vérifier toutes les utilisations ni de détecter l'existence d'éventuels défauts. L'attention du Licencié a été attirée sur ce point sur les risques associés au chargement, à l'utilisation, la modification et/ou au développement et à la reproduction du Logiciel qui sont réservés à des utilisateurs avertis.

Il relève de la responsabilité du Licencié de contrôler, par tous moyens, l'adéquation du produit à ses besoins, son bon fonctionnement et de s'assurer qu'il ne causera pas de dommages aux personnes et aux biens.

(...)

9.3 Le Licencié reconnaît que le Logiciel est fourni "en l'état" par le Concédant sans autre garantie, expresse ou tacite, que celle prévue à l'article 9.2 et notamment sans aucune garantie sur sa valeur commerciale, son caractère sécurisé, innovant ou pertinent.

En particulier, le Concédant ne garantit pas que le Logiciel est exempt d'erreur, qu'il fonctionnera sans interruption, qu'il sera compatible avec l'équipement du Licencié et sa configuration logicielle ni qu'il remplira les besoins du Licencié.

9.4 Le Concédant ne garantit pas, de manière expresse ou tacite, que le Logiciel ne porte pas atteinte à un quelconque droit de propriété intellectuelle d'un tiers portant sur un brevet, un logiciel ou sur tout autre droit de propriété. Ainsi, le Concédant exclut toute garantie au profit du Licencié contre les actions en contrefaçon qui pourraient être diligentées au titre de l'utilisation, de la modification, et de la redistribution du Logiciel. Néanmoins, si de telles actions sont exercées contre le Licencié, le Concédant lui apportera son aide technique et juridique pour sa défense. Cette aide technique et juridique est déterminée au cas par cas entre le Concédant concerné et le Licencié dans le cadre d'un protocole d'accord. Le Concédant dégage toute responsabilité quant à l'utilisation de la dénomination du Logiciel par le Licencié. Aucune garantie n'est apportée quant à l'existence de droits antérieurs sur le nom du Logiciel et sur l'existence d'une marque. »

2.2 Le contrat de distribution

. Un distributeur n'est pas nécessairement un licencié autorisé à utiliser le logiciel, par exemple, pour lui-même.

Le contrat de distribution va déterminer dans quelles conditions le distributeur est autorisé à diffuser l'objet du contrat.

. Les points de négociation essentiels seront :

- l'exclusivité ou non accordée,
- la limitation territoriale éventuelle,
- les moyens de la distribution : sous-concessions, etc.
- les objectifs de la distribution (surtout en cas d'exclusivité),
- l'encadrement de l'assistance technique et commerciale apportée par le titulaire des droits ;
- l'autorisation de l'usage de la marque du concédant.

2.3 Le contrat « ASP » (Application Service Provider)

. Ce contrat vise à proposer l'utilisation à distance d'un système informatique.

Il s'agit d'une modalité particulière de distribution qui permet au client de réduire ses coûts : d'acquisition de licence, d'achat de matériel, etc.

L'application est hébergée sur un serveur extérieur au client qui va y accéder à distance de manière sécurisée.

Cette pratique est en définitive assez proche de ce nouveau concept à la mode appelé « *cloud computing* » qui consiste à fournir une plate-forme de logiciels et services accessible moyennant le paiement d'un prix calculé sur la consommation effective et non sur l'infrastructure. En général, le prix est en effet calculé en fonction de l'espace de stockage, etc.

. Les clauses essentielles porteront sur :

- la présentation du produit (logiciel) ou service (formation, etc.) ;
- l'étendue des droits concédés (caractère exclusif ou non) : on retrouve ici les mêmes enjeux que pour le contrat de licence classique ;
- conditions d'accès (et d'exclusion de l'accès) au produit ou service ; sécurisation de l'accès et des données ;
- qualité du service (disponibilité) ;
- le prix du service (prix forfaitaire – abonnement – ou proportionnelle à l'utilisation ou les deux) ;
- les garanties du fournisseur, notamment au regard du sort des données du client quand elles sont hébergées sur le serveur du prestataire.

2.4 Le contrat d'outsourcing (infogérance)

. Ce contrat vise à confier à un prestataire extérieur des services informatiques habituellement gérés en interne par une entreprise.

L'étendue du contrat va dépendre de l'étendue de l'externalisation souhaitée :

- totale : prise en charge de l'ensemble du système d'information : exploitation des moyens informatiques, maintenance et développement
- partielle : une seule partie va être confiée à un prestataire extérieur (par exemple, la messagerie de l'entreprise).

. Les clauses sensibles concernent :

- les niveaux de performances attendues, la qualité de services ;
- les obligations de confidentialité et de sécurité ;
- les dispositions permettant au client de reprendre possession de son système d'information (clause de réversibilité ou de réintégration),
 - o elles vont définir les conditions de reprise du contrôle du système pour limiter le risque d'une dépendance technologique du client ;

. En pratique, les dispositions assurant la réversibilité doivent définir plusieurs éléments:

- obligation d'information à la charge du prestataire ;
- obligation de collaboration de bonne foi ;
- obligation d'utiliser des logiciels standards ou disponibles sur le marché ;
- un plan de réversibilité :
 - o étendue de la réversibilité (totale ou partielle) :
 - o inventaire des moyens utilisés (logiciels, etc.) et des éléments à restituer (logiciels, bases de données, documentations, etc.)
 - o calendrier
 - o liste des contrats en cours (ex. licence de logiciels, contrat de fourniture de matériels, etc.) pour prévoir leur transfert
- prévoir la phase de transition durant la réversibilité : cela suppose que le prestataire poursuive ses prestations le temps que le client reprenne le contrôle du système.
- obligation de destruction des données chez le prestataire à l'issue des opérations.
- détermination du coût de cette réversibilité.

ANNEXE – RESSOURCES EN ACCES LIBRE

Approfondir le droit de l'internet et de l'informatique, la propriété intellectuelle :

- ✓ **Lex Electronica** (Université de Montréal) : <http://www.lex-electronica.org/en/>
 - Ressources en français et anglais sur le droit de l'internet, de l'informatique
- ✓ **UNESCO** : <http://portal.unesco.org>
 - Ressources en français et anglais sur le droit d'auteur
- ✓ **CANAL-U**: http://www.canal-u.tv/producteurs/eco_gestion/
 - Voir le dossier « La propriété intellectuelle en 5 actes »
- ✓ **INPI**: <http://campus.inpi.net/>
 - Un parcours de sensibilisation à la propriété industrielle
- ✓ **Forum des droits sur l'internet** : <http://www.foruminternet.org/>
 - Fiches pratiques, guides, jurisprudence, textes...
 - Services de médiation en ligne

Rechercher des textes et des décisions de justice, des titres de propriété industrielle :

- ✓ **Légifrance** : <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do>
 - Accès aux codes en vigueur (code civil, code la propriété intellectuelle...)
- ✓ **Legalis** : <http://www.legalis.net>
 - Décisions de juridictions françaises en droits d'auteur, logiciels, bases de données...
- ✓ **INPI** : <http://base-jurisprudence.inpi.fr/cindocwebjsp/>
 - Décisions de juridictions françaises en brevets, marques et dessins et modèles
- ✓ **INPI**: <http://www.icimarques.com>
 - Annuaire de liens vers les bases de données libres de l'INPI pour rechercher des marques, dessins et modèles, brevets français.

Conseils et contrats :

✓ **CCI de Paris :** <http://www.inforeg.ccip.fr/>

- - Fiches pratiques en droit du travail, en droit fiscal, en droit des affaires...
 - Fiches pratiques de conseils à la création d'entreprise...
 - Modèles de documents, de contrats,...

✓ **Ministère de l'économie :** <http://www.industrie.gouv.fr/guidepropintel/>

- « Guide de la propriété intellectuelle dans les pôles de compétitivité » ; des conseils et contrats-types d'aide à la compréhension et à la maîtrise des problématiques de propriété intellectuelle.

✓ **CCI :** <http://www.etudes.ccip.fr/dossier/13-commerce-electronique>

- Etudes diverses : vademécum des services en ligne B to B : recommandations pour les entreprises, modèle de contrat de commerce électronique...

✓ **Ministère du travail :** <http://www.travail-solidarite.gouv.fr>

- Fiches pratiques sur les droits et obligations du salarié, de l'employeur...

✓ **Service-public.fr :** <http://vosdroits.service-public.fr/N19806.xhtml>

- Fiches pratiques sur toutes démarches, sur les droits et obligations du salarié, de l'employeur, sur la recherche d'emploi,

✓ **JurisInternational :** <http://www.jurisint.org/fr/con/index.html>

- « *Plus de 250 contrats, contrats internationaux, modèles de contrats et/ou guides de rédaction, sélectionnés en raison de leur intérêt pratique pour les transactions commerciales internationales* » dans de nombreux secteurs (informatique, internet, audiovisuel, etc.)