

DROIT DE L'INFORMATIQUE

Introduction :

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont mis à l'évidence à leur apparition dans le secteur grand public un manque en matière de législation.

Aujourd'hui, avec la banalisation de l'informatique dans les ménages et l'internationalisation des échanges grâce à internet, certaines personnes clament encore qu'il y a un vide juridique sur internet.

Pour autant il existe de nombreuses lois spécifiques au secteur informatique et lorsqu'un domaine n'est pas traité en particulier par une loi, une analogie est alors faite avec les articles de loi existant dans des domaines similaires et aboutissent généralement à une jurisprudence.

Ainsi le **droit d'auteur** existait avant même que le premier ordinateur soit inventé, mais ce n'est pas pour autant qu'il ne s'applique pas aux œuvres numériques ou numérisées.

Concernant les intrusions non autorisées sur un système informatique (à travers internet ou non) **la loi Godfrain** du 8 janvier 1988 prévoit un cadre pénal prévoyant des infractions spécifiques en fonction de l'atteinte portée au système informatisé. Reprises par les articles 323-1 à 323-7 du nouveau code pénal institué par La loi du 22 juillet 1992 entrée en vigueur le 1er mars 1994 a ainsi institué la reprise de ces infractions dans les articles 323-1 à 323-2 du nouveau code pénal.

D'autre part, la nature même des informations traitées par les technologies de l'information et de la communication rend les données personnelles encore plus sensibles. Ainsi une loi a été écrite spécifiquement pour protéger les données personnelles afin de respecter le droit de liberté individuelle. Sont ainsi sanctionnés pénalement tout manquement à mettre en œuvre un mécanisme de protection adapté aux données stockées.

PARTIE I : PROTECTION DES DONNEE PERSONNELLE ET DES CREATIONS INFORMATIQUE

I - La propriété intellectuelle :

Le terme de **propriété intellectuelle** est présent dans le droit français (le **Code de la propriété intellectuelle**). Il est un calque direct de l'anglais, *intellectual property*.

Dans son acception courante, il recouvre les droits d'utilisation d'une « **création intellectuelle** » : invention, solution technique, œuvre littéraire ou artistique, marque, dessins et modèles industriels, logiciels, circuits intégrés, etc. Précisons tout de suite que les découvertes scientifiques sont exclues de toute protection relevant de la propriété intellectuelle.

Bien entendu, les divers éléments qui composent la propriété intellectuelle ont un régime juridique différent dû à leur nature même.

On inclut généralement sous l'expression "**propriété intellectuelle**" deux branches principales : la **propriété industrielle** et la propriété littéraire et artistique.

* Pour fixer les idées, on peut dire que la **propriété industrielle** concerne, grosso modo, les marques, les **brevets**, les inventions, les **dessins et modèles industriels**, les **appellations d'origine** et les indications de provenance.

* La **propriété littéraire et artistique** s'explique d'elle-même ; toutefois on y a agrégé d'autres éléments sur lesquels nous reviendrons.

Propriété industrielle et propriété littéraire et artistique sont régies par les principes généraux du droit de la propriété tels qu'édictees par les codes civils et par les textes particuliers qui leur sont applicables.

Il faut signaler que les dessins et modèles industriels ont un statut hybride en droit français, entre **propriété intellectuelle** et propriété littéraire et artistique. Ce statut est en cours de généralisation dans l'[Union européenne](#).

A - Droit d'auteur ou le copyright dans les pays anglo-saxons

Le droit d'auteur en France est régi par la loi du 11 mars 1957 et la loi du 3 juillet 1985, codifiées dans le **code de la propriété intellectuelle**.

La loi reconnaît en tant qu'auteur toute personne physique qui crée une œuvre de l'esprit quelle que soit son genre (littéraire, musical ou artistique), sa forme d'expression (orale ou écrite), son mérite ou sa finalité (but artistique ou utilitaire).

Le droit d'auteur couvre donc toute création de l'esprit, qu'elle soit une œuvre littéraire (livres, journaux, pièces de théâtre, logiciels, site web, etc.), une œuvre d'art (peinture, sculpture, photographie, image infographiée, architecture, etc.), une œuvre musicale ou audiovisuelle, dès lors qu'elle est **matérialisée**, **originale** et qu'elle est l'**expression de la personnalité de l'auteur**. Ainsi ne tombent pas sous la protection du droit d'auteur les créations de l'esprit purement conceptuelles telles qu'une idée, un concept, un mot du langage courant, ou une méthode.

D'après les articles L.111-1 et L.123-1 du code de la propriété intellectuelle, l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit d'un droit de propriété exclusif dès sa création, sans nécessité d'accomplissement de formalités (dépôt ou enregistrement), pour une durée correspondant à l'année civile du décès de l'auteur et des soixante-dix années qui suivent, au bénéfice de ses ayants-droits. Au-delà de cette période, les œuvres entrent dans le **domaine public**. Toutefois, en cas de litige, il est nécessaire de pouvoir apporter une preuve de l'existence de l'œuvre à une date donnée, soit en ayant effectuée préalablement un dépôt auprès d'un organisme habilité, soit en ayant rendue l'œuvre publique et en étant en moyen de le prouver.

Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle :

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.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial [...].

Article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle :

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-droits

Le code de la propriété intellectuelle distingue en réalité deux types de droits :

- le droit patrimonial s'exerçant pendant toute la vie de l'auteur et transmissible à ses héritiers les 70 années suivantes ;
- le droit moral reconnaissant la paternité d'une œuvre à son auteur sans limite de durée.

Le **droit moral** permet à l'auteur de jouir du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Il s'agit d'un droit **imprescriptible** (c'est-à-dire d'une durée illimitée), **inaliénable** (il ne peut être cédé à un tiers) et **perpétuel** (il est transmissible aux héritiers) le droit moral.

Ainsi, lorsqu'une œuvre tombe dans le domaine public, il est impératif lors de son utilisation de citer son nom et celui de son auteur ainsi que d'en respecter l'intégrité, au risque sinon de se voir réclamer des dommages et intérêts par les héritiers !

Le **droit patrimonial** est le droit exclusif d'exploitation accordé à l'auteur, lui permettant éventuellement d'en tirer un profit par cession de :

- **droit de représentation**, permettant d'autoriser ou non la diffusion publique de l'œuvre. Sont notamment cités à titre d'exemple dans le *code de la propriété intellectuelle* la récitation publique, la présentation publique, la projection publique, la télédiffusion, mais la diffusion au travers de réseau informatique rentre dans ce même cadre.
- **droit de reproduction**, permettant d'autoriser ou non la reproduction de l'œuvre.

Les droits de représentation et de reproduction sont cessibles par contrat écrit rédigé par l'auteur précisant les conditions et la durée de la session des droits. La session des droits sur une œuvre peut ainsi conduire à une rémunération obligatoirement proportionnelle aux recettes de l'exploitation.

Limite :

Des exceptions existent tout de même lorsque l'œuvre est divulguée, c'est-à-dire que l'auteur ne peut s'opposer à :

- la **représentation privée et gratuite dans un cercle de famille** ;
- la **copie ou reproduction réservée à un usage strictement privé** du copiste ;
- la **publication d'une citation** ou d'une analyse de l'œuvre, dans la mesure où celle-ci est brève et justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information, de l'œuvre ;
- la parodie et la caricature.

B- le droit des marques :

Le droit des marques regroupe l'ensemble des règles régissant les marques et leur protection juridique par l'INPI.

- Droit des marques : définition juridique

Le droit des marques est une des composantes du droit de la propriété intellectuelle. Toutes les lois et tous les règlements composant le droit des marques sont réunis dans le Code de la propriété intellectuelle, dans le quatrième livre de la deuxième partie consacrée à la propriété industrielle.

Le droit des marques confère aux acteurs économiques et sociaux un monopole d'exploitation sur les produits et les services protégés par une marque déposée.

Une marque, au sens juridique, est un signe qui permet à une entreprise (ou à tout autre acteur économique ou social) de distinguer ses produits ou services de ceux proposés par la concurrence. Ce signe peut être composé de lettres, de chiffres ou d'éléments figuratifs (dessins, logo...). Les marques constituent un repère pour les consommateurs.

- Nom de marque : comment le choisir

Le nom de marque n'est pas anodin. Il détermine en partie le succès de l'activité. Il faut donc prendre le temps de le choisir. Pour cela, il faut respecter certaines règles de base. **Le nom de marque, par exemple, ne doit pas décrire le produit ou le service.** Il ne doit pas non plus tromper le consommateur sur la nature ou la provenance des produits. Evidemment, les noms à connotation raciste ou portant atteinte à l'ordre public sont interdits.

Avant même de commencer à rechercher un nom de marque, il faut prendre le temps de définir le positionnement, la cible, les valeurs, la nature de l'offre. Le nom de marque ne doit pas nécessairement être explicite (exemple « Apple »). Il peut par contre être pertinent de choisir un nom de marque qui reflète le bénéfice principal du produit.

Il faut surtout choisir un nom de marque facile à retenir, et donc simple à comprendre et à prononcer.

Pour bénéficier du monopole exclusif sur un nom de marque et le protéger contre le risque de plagiat, il faut suivre la procédure de dépôt de marque auprès de l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI).

- Déposer une marque : pourquoi et comment faire ?

Déposer une marque permet de la protéger contre les risques de plagiat ou de contrefaçon. Pour déposer votre marque, il faut suivre une procédure en plusieurs étapes :

- il faut dans un premier temps s'assurer que la marque qu'on souhaite protéger n'est pas déjà déposée par une autre entreprise. C'est ce que l'on appelle la « **recherche d'antériorité** » au près de l'INPI.
- Il faut ensuite **constituer un dossier de dépôt de marque**, comprenant le formulaire de l'INPI et le paiement des redevances. Le dossier doit ensuite être transmis à l'INPI, sur le site internet, dans une agence INPI, par courrier ou par fax.
- L'INPI adresse ensuite un accusé de réception. **La marque est publiée au Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle dans les six semaines suivant le dépôt.** Suite à la publication de la marque, une période de deux mois s'ouvre au cours de laquelle les détenteurs de marques peuvent s'opposer à l'enregistrement de votre marque. En cas d'opposition, l'INPI dispose de 6 mois pour prendre une décision.

Le coût d'un dépôt de marque varie en fonction du nombre de catégories de produits ou services qu'on souhaite protéger. **Comptez entre 200 et 300 euros.**

La protection de la marque dure 10 ans. La protection peut être renouvelée au terme de ce délai, indéfiniment. Le renouvellement est payant (250 euros).

La propriété sur une marque s'acquiert au niveau européen à l'OHMI (office de l'harmonisation dans le marché intérieur) et à l'OMPI (L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle) à Genève au niveau international.

La déchéance de la marque si elle n'est pas utilisée sérieusement pendant une période ininterrompue de 5 ans.

C – droit des dessins et modèles :

Les dessins (à deux dimensions) et les modèles (à trois dimensions), ont un caractère hybride. Il s'agit à la fois de **créations esthétiques** et de **créations industrielles**. Ils peuvent donc être protégés :

- Au titre de la propriété industrielle, par dépôt et enregistrement auprès de l'INPI. La durée de la protection est de 5 ans, renouvelable jusqu'à 25 ans.
- Au titre de la création artistique. Un dessin ou un modèle peut être protégé pendant toute la vie de son auteur et jusqu'à 70 ans après sa mort. Les dessins et les modèles relèvent du régime général du droit d'auteur.

Toute atteinte portée à un dessin ou modèle protégé constitue une contrefaçon.

D – Droit des brevets :

Le dépôt de brevet permet de protéger les inventions. Le brevet est un titre qui confère à son propriétaire un monopole d'exploitation pendant une durée définie.

- Les conditions du dépôt de brevet à l'INPI

Le dépôt de brevet à l'INPI est une des principales démarches permettant de protéger une invention. Un brevet est un titre de propriété intellectuelle qui donne à son propriétaire le monopole d'exploitation pour une durée déterminée. Ce droit permet d'interdire à un tiers l'exploitation de l'invention.

Mais toutes les inventions ne sont pas brevetables. Un produit ou un procédé, pour pouvoir être breveté, doit :

- Avoir **un caractère original et nouveau**. Il ne doit pas exister d'inventions similaires déjà utilisées.
- Constituer **une solution technique à un problème technique**.
- Etre le **fruit d'une activité inventive**, d'une recherche.
- Etre **susceptible d'application industrielle**. L'invention doit pouvoir être fabriquée ou utilisée. Une idée abstraite, une théorie scientifique ou une méthode mathématique ne sont pas brevetables par exemple.

A noter que les créations artistiques, les programmes d'ordinateur ou les méthodes de traitement chirurgicales ne sont pas brevetables non plus.

Les brevets classiques ont une durée de vie de 20 ans à compter de la demande de brevet. Cette durée peut, dans des cas exceptionnels, être portée à 25 ans maximum.

- Que faire lorsqu'il y a plusieurs inventeurs ?

Lorsque plusieurs personnes inventent la même invention, il y a deux situations possibles :

- Si ces personnes ont inventé l'invention séparément et indépendamment les unes des autres, c'est la personne qui a déposé en premier le brevet qui est l'inventeur.
- Si ces personnes ont participé ensemble à la réalisation de l'invention et ont fait une demande commune de brevet, chacune des personnes est copropriétaire du brevet.

Tous les dépôts de brevet s'effectuent auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle – INPI. La procédure s'effectue en 4 étapes :

- Constituer et déposer le dossier de demande, avec tous les éléments justificatifs.
- L'INPI examine le dossier et donne une réponse.
- Le brevet est publié s'il est accepté.
- L'INPI délivre le brevet.

Le dépôt du dossier peut s'effectuer :

- Directement **en ligne** sur le [téléservice de l'INPI](#).
- En se rendant **au siège de l'INPI**.
- **Par courrier recommandé avec accusé de réception.** Adresse : INPI Direction de la propriété industrielle – 15 rue des Minimes CS 50001 - 92 677 Courbevoie Cedex.

Le dossier doit contenir enfin des précisions complémentaires par écrit. Ces précisions sont rédigées sur papier libre. Elles doivent présenter d'abord de manière abrégée l'invention, décrire ensuite de manière claire et détaillée l'invention, ses modalités de réalisation, son fonctionnement, l'état de l'art existant et la justification de son caractère novateur.

Ces précisions doivent enfin préciser les revendications par rapport à la protection recherchée.

La procédure de dépôt de brevet auprès de l'INPI est une procédure fastidieuse. Les délais sont très longs. Si l'INPI accepte la demande, **le brevet est publié dans un délai de 18 mois** à compter du jour de dépôt de la demande.

La demande de dépôt de brevet n'est pas gratuite. Il faut s'acquitter de plusieurs redevances :

- **Une redevance de 36 euros** : lors du dépôt ou dans un délai d'un mois maximum après le dépôt.
- **Une redevance de 520 euros** pour le rapport de recherche, qui doit également être acquittée lors du dépôt de la demande ou dans un délai d'un mois maximum.
- **Une redevance de 90 euros** pour la délivrance du brevet. Qu'il faut payer au moment de la délivrance du brevet.

C'est possible également de **déposer une enveloppe Soleau auprès de l'INPI**. L'enveloppe ne constitue pas un titre de propriété intellectuelle et ne confère pas de monopole d'exploitation mais permet de **prouver l'antériorité de l'invention en cas de litige**.

Le seul objectif de l'enveloppe Soleau est de permettre de dater une œuvre, une idée ou un concept. Elle permet, concrètement, à un auteur de prouver qu'il est bien le créateur de l'œuvre en cas de litige.

Il faut se procurer l'enveloppe. Celle-ci peut être commandée sur le [site de l'INPI](#). Une fois l'enveloppe remplie, il faut la transmettre à l'INPI par courrier à l'adresse imprimée sur l'enveloppe ou directement déposée au guichet d'une agence de l'INPI.

L'INPI procédera ensuite à l'enregistrement de l'enveloppe, la perforera au laser afin d'authentifier la date de réception. L'Institut national de la propriété industrielle renvoie l'une des deux parties en recommandé. Il faut **la conserver, sans jamais la décacheter** (sauf en cas de litiges).

L'INPI conserve la deuxième partie dans ses archives pendant une durée de 5 ans seulement. Avant le terme de ce délai, il faut demander la restitution du compartiment archivé par l'INPI ou bien demander un renouvellement de l'enveloppe. Depuis 2016, un seul renouvellement est autorisé.

Par ailleurs, **l'enveloppe ne doit pas faire plus de 5 mm d'épaisseur** (ce qui correspond à 7 feuilles au format A4). **L'enveloppe ne coûte en effet que 15 euros.**

E - Les noms de domaine

Le ND est le signe employé pour désigner l'adresse d'un site. Cette adresse se présente sous la forme d'une série de données numériques IP (internet Protocole) (protocole de communication entre les ordinateurs) pouvant être converties en un nom lisible.

Le ND est la dénomination électronique de l'entreprise et son adresse sur la toile. Il remplit la double fonction du nom commercial et de l'enseigne.

Chaque ND est composé d'un radical et d'un suffixe (Microsoft. Com « radical.suffixe »).

Les ND sont attribués, dans le monde, par différents organismes, ayant chacun leurs propres règles. Les principaux sont, l'ICANN « internet corporation for assigned names and numbers » (.com, .net, .gov,...), l'AFNIC « Association française pour le nommage internet » (.fr), et l'EURID « european registry for internet domain names »(.eu).

Ce sont des bureaux d'enregistrement qui procèdent à l'enregistrement des ND. Conditions du choix d'un ND : le 1^{er} arrivé, 1^{er} servi, mais soumis à de nombreuses conditions.

Qui peut solliciter un ND en FR ? Toutes les personnes physiques résidant sur le territoire de l'UE, ainsi que les personnes morales ayant leur siège social ou leur établissement principal sur le territoire de l'UE.

Sanction en cas de non respect des règles relatives à l'attribution des ND : gel du ND, blocage, ou transmission forcée ou suppression du ND, suite à une décision judiciaire ou extrajudiciaire.

De nouvelles extensions personnalisées depuis 2012 : « .sony » par exemple. En France, le « .paris » en 2014 et « .alsace » sont ouverts depuis 2015.

II - La protection des logiciels et bases de données :

Cette rubrique s'intéresse plus particulièrement aux aspects de protection des logiciels, à l'exploitation des licences ainsi qu'à la brevetabilité des logiciels:

A - La protection des logiciels par le droit d'auteur :

Depuis la loi du 3 juillet 1985 en France et depuis 1991 en Europe qui a étendu la notion d'œuvre de l'esprit aux logiciels, le logiciel est protégé par le droit d'auteur. L'ensemble du dispositif législatif applicable aux logiciels est aujourd'hui intégré dans la première partie du Code de la propriété intellectuelle, parmi les dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique.

Au USA et au Japon les logiciels sont protégés par le droit des brevets.

La protection des bases de données a été instaurée par une directive européenne de 1996.

Aux USA les tribunaux admettent la protection des bases de données par le droit d'auteur.

B - Les modalités de la protection :

1) Les conditions de la protection :

Seuls les logiciels présentant un caractère original sont protégés par le droit d'auteur.

Le critère d'originalité est la seule condition de fond nécessaire à la protection du logiciel par le droit d'auteur. Ce critère d'originalité n'est pas défini par la loi. Il convient de se référer à la jurisprudence PACHOT (Cass, Assemblée plénière, 7 mars 1986) selon laquelle "l'originalité d'un logiciel consiste dans un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante". Cela ramène la notion d'originalité à la "marque d'un apport intellectuel".

2) L'objet de la protection :

La protection du logiciel ne s'étend pas aux idées qui sont à la base du logiciel. Seule la mise en forme de ces idées peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur.

■ Les éléments du logiciel non protégés :

- Les fonctionnalités
- Les algorithmes
- Les interfaces
- Les langages de programmation

Tous ces éléments sont en effet considérés comme des éléments informatiques à l'origine de la conception du logiciel ne présentant pas en tant que tels une forme définie. Ils appartiennent au domaine de l'idée.

La documentation d'utilisation du logiciel sur papier (protégée par le droit d'auteur traditionnel, en tant qu'œuvre distincte du logiciel)

- Les éléments protégés

- L'architecture des programmes
- Le code source
- Le code objet (résultat de la compilation du code source)
- Les différentes versions
- Les écrans et modalités d'interactivité s'ils sont originaux
- Le matériel de conception préparatoire (Art. L.122-2 du CPI) : les ébauches, les maquettes, les dossiers d'analyses fonctionnelles, la documentation de conception intégrée au logiciel, les prototypes.

3) Les techniques de protection :

- Absence de formalités :

Un logiciel original est protégé par le droit d'auteur, du seul fait de sa création.

Cette protection n'est soumise en France à aucune procédure particulière, l'apposition de la mention Copyright, n'est donc pas nécessaire. Cependant, malgré son absence de fondement légal, dans le cadre d'une exploitation large du logiciel, on ne peut que recommander d'apposer la mention Copyright, car nombre de législations étrangères exigent l'accomplissement de cette formalité pour les œuvres publiées dont les logiciels exploités.

- Intérêt du dépôt :

Si aucune formalité de dépôt de l'œuvre n'est imposée, le dépôt du logiciel peut néanmoins présenter un intérêt pour pré-constituer la preuve de la création et lui donner date certaine, en cas notamment de contestation future.

C - Les différents types de dépôts :

Après de qui peut-on déposer ?

Théoriquement, le dépôt peut être effectué chez tout tiers habilité à le recevoir et lui conférer date certaine. Il est même possible de s'adresser un courrier à soi-même ce qui peut s'avérer utile (et économique) pour conserver les versions successives non définitives d'un logiciel.

Les officiers ministériels (notaire ou huissier) sont habilités à recevoir ce genre de dépôt. Ils apposent des scellés, consignés par procès verbal et conservent sous séquestre les biens confiés en dépôt. Dans la pratique, peu de dépôts s'opèrent de la sorte, les officiers ministériels hésitant à traiter ce type de dossier.

De même, il est possible de déposer un logiciel à l'INPI (institut national de la propriété industrielle), sous enveloppe Soleau, mais cette pratique n'est pas adaptée au logiciel, en raison du format de l'enveloppe et des risques de perforation.

Il existe enfin des sociétés de gestion collective des droits d'auteur, organismes chargés de collecter et répartir les droits d'auteur, dont certaines acceptent les dépôts de logiciels. La Société des gens de lettres de France en fait partie et elle accepte les logiciels sous forme de scénario ou d'organigramme. Peu contraignante (enveloppe cachetée à la cire ou apposition de signature sur le pli de fermeture, avec indication du nom de l'auteur et du titre de l'œuvre), cette méthode est cependant peu adaptée au dépôt des logiciels, puisqu'elle ne prévoit pas les modalités d'accès aux sources par des tiers.

E - L'exploitation des logiciels : les licences :

1) Absence de définition légale de la licence

En droit d'auteur, il n'existe aucune disposition spécifique dans le code de la propriété intellectuelle relative à la notion de licence d'utilisation d'un logiciel ou de concession de droits.

Les dispositions relatives à la licence d'exploitation sont uniquement prévues par le code de la propriété intellectuelle pour les marques et brevets. Ainsi, **l'article L613-8 du code de la propriété intellectuelle** dispose que : « *les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet [...] peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive* ».

Malgré cette absence, ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent gênées par cet état de fait et le recours à la licence d'utilisation de logiciel s'est développé dans la pratique.

Ainsi, le tribunal de grande instance d'Evry a jugé que la société « *est l'auteur d'un logiciel de simulation de prêts [...], qu'elle a consenti à plusieurs reprises des licences d'utilisation de son logiciel autorisant l'implantation sur un site web et qu'elle a eu connaissance de ce qu'un tiers, non titulaire d'une licence d'utilisation avait reproduit illégalement ce logiciel sur son site internet* » (**jurisprudence du 14 février 2002**).

2) Licence vs Cession

En l'absence de définition légale de la licence en droit d'auteur, une partie de la doctrine s'est demandée si une licence d'utilisation était en réalité une cession de droits, notamment parce que le code de la propriété intellectuelle prévoit que « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle* » (article L131-14 du code de la propriété intellectuelle).

La différence entre la licence d'utilisation et la cession de droits résiderait dans le fait qu'une cession emporte transfert de tout ou partie des droits patrimoniaux du titulaire des droits au cessionnaire.

Or, dans le cadre d'une licence, le titulaire des droits ne se destitue pas définitivement de ses droits patrimoniaux mais permet simplement l'utilisation de son logiciel dans les conditions prévues par la licence, sauf exceptions de l'article L122-6-1 du code de la propriété intellectuelle. En effet, la doctrine considère que le contrat de licence n'est pas un contrat de vente mais un contrat de louage lorsqu'il est conclu à titre onéreux (article 1709 du code civil) et un contrat de prêt lorsqu'il est conclu à titre gratuit (article 1875 du code civil).

Par ailleurs, en cas de cession, le cessionnaire devient titulaire de tout ou partie des droits portant sur le logiciel et peut donc agir en contrefaçon, à la différence du licencié qui n'a pas qualité pour ester en justice.

Cette position n'est d'ailleurs pas contestée par la jurisprudence comme en témoigne le jugement précité (jurisprudence du 14 février 2002).

3) Prohibition des ventes liées

Selon l'article L122-1 du code de la consommation, « *il est interdit [...] de subordonner la vente d'un produit à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service [...]* ». Les ventes liées, même quand il s'agit de la vente d'un ordinateur et de l'achat d'une licence d'un logiciel d'exploitation, sont prohibées.

En ce sens, dans un jugement rendu en 2010 puis la décision de renvoi rendue en 2012, les juges ont considéré que le constructeur informatique Lenovo ne pouvait pas imposer d'adjoindre obligatoirement Windows Vista à un ordinateur portable dont les spécificités propres mais uniquement matérielles avaient dicté le choix du consommateur. Arrêt du 15 novembre 2010, jurisprudence du 9 janvier 2012, Lenovo.

Dans un arrêt *Darty contre UFC Que Choisir*, la Cour de cassation a jugé que « *les informations, relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause* »

Toutefois, dans un arrêt *Deroo-Blanquart* de 2016, les juges ont considéré que « *la vente par Sony d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés répond aux attentes [...] d'une part importante des consommateurs qui préfèrent l'acquisition d'un ordinateur ainsi équipé et d'utilisation immédiate à l'acquisition séparée d'un ordinateur et de logiciels. Après l'achat, lors de la première utilisation dudit ordinateur, Sony a offert à M. DB la possibilité, ou bien, de souscrire au « Contrat de Licence Utilisateur Final », afin de pouvoir utiliser lesdits logiciels, ou bien d'obtenir la révocation de la vente* ».

La CJUE avait, sur le même fondement, jugé que « *moyennant notamment une information correcte du consommateur, une offre conjointe de différents produits ou services peut satisfaire aux exigences de loyauté* », d'autant plus que le consommateur était « *libre de choisir un autre modèle d'ordinateur, d'une autre marque, pourvu de caractéristiques techniques comparables, vendu sans logiciels ou associé à d'autres logiciels* ».

Les ventes liées ordinateur/logiciel sont donc prohibées sauf à démontrer que le consommateur a préalablement été informé que l'achat du matériel emporte conclusion automatique du contrat de licence d'utilisation du logiciel et qu'il est possible d'acheter un autre matériel sans logiciel préinstallé.

4) Contenu du contrat de licence

Le droit d'utilisation du logiciel est limité par les stipulations du contrat de licence. Ainsi, ce dernier peut limiter les droits des utilisateurs selon le nombre de postes ou d'utilisateurs déterminé, le volume d'utilisation, le type de droit concédé, l'étendue géographique et/ou la durée.

Le contrat de licence doit également prévoir si la licence est octroyée à titre gratuit ou onéreux et le type de rémunération qui peut être une redevance unique, une redevance progressive en fonction des nouvelles versions du logiciel ou un abonnement.

Par la clause sur la garantie d'éviction, le donneur de licence garantit être titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel et s'engage à assumer les frais d'une action en

contrefaçon émanant d'un tiers, contribuant ainsi à la jouissance paisible du logiciel par l'utilisateur.

Il est également fréquent que le donneur de licence limite sa responsabilité en cas de dysfonctionnement du logiciel par exemple. La clause limitative de responsabilité ne peut être envisagée que dans les contrats conclus entre professionnels.

5) Licence On Premise vs Licence SaaS

La différence technique entre « on premise » et « SaaS » (Software as a Service) réside dans le mode d'hébergement du logiciel. Le logiciel *on premise* est un logiciel installé sur les serveurs de l'entreprise alors que le logiciel SaaS est hébergé sur les serveurs du prestataire et, la plupart du temps, accessible via une connexion internet.

Le logiciel *on premise* nécessite de disposer des ressources humaines et techniques pour installer et utiliser le logiciel ou de faire appel à un tiers intégrateur et/ou un tiers mainteneur pour installer, faire évoluer et maintenir le logiciel *on premise*. Dans le cadre d'un logiciel SaaS la maintenance et les mises à jour sont entièrement à la charge du prestataire.

D'un point de vue juridique, le logiciel *on premise* s'acquiert définitivement par l'achat de licences et ne nécessite pas le paiement de frais réguliers alors que le logiciel SaaS est assimilé à un service accessible aussi longtemps que l'abonnement au service est en vigueur. Toutefois, la terminologie juridique utilisée par bon nombre de juristes reste celle d'un contrat de licence d'utilisation du logiciel SaaS, et non celle d'un contrat d'abonnement.

Concernant le contenu du contrat de licence d'un logiciel SaaS, il doit délimiter précisément les contours de la licence octroyée (nombre d'accès, limité ou illimité, utilisateurs nommés, lieu géographique, durée, etc.) comme dans le cadre d'un contrat de licence d'un logiciel *on premise*.

Le contrat de licence d'un logiciel SaaS nécessite toutefois l'ajout de clauses spécifiques telles que :

- la réversibilité des données à l'issue du contrat ;
- la protection des données à caractère personnel hébergées sur les serveurs du prestataire ;
- la confidentialité ;
- la sécurité du système.

Dans le cadre de l'utilisation d'un logiciel SaaS, il est également vivement recommandé d'annexer un « *Service Level Agreement (SLA)* » par lequel le prestataire garantit un niveau de service sous peine de pénalités.

6) Droits conférés aux utilisateurs

Le code de la propriété intellectuelle confère un certain nombre de droits aux utilisateurs d'un logiciel qui constituent une entorse au droit d'auteur dit « classique ».

a) Le droit de réaliser une copie de sauvegarde

L'article L122-5 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». Il s'agit de l'exception pour copie privée.

Ainsi, en matière de logiciels, « *l'utilisateur, ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* » (**article L122-6-1 II du code de la propriété intellectuelle**). La copie de sauvegarde permet de disposer d'une copie du logiciel en cas de perte des données et/ou du support.

Ainsi, **l'article 5.2 de la directive 2009/24/CE** qui dispose qu'une « *personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur ne peut être empêchée par contrat d'en faire une copie de sauvegarde dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour cette utilisation* ».

L'exception pour copie de sauvegarde est très encadrée et n'est pas toujours admise par la jurisprudence. Le tribunal de grande instance de Valence a souligné que : « *la reproduction doit être nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel* ». Il ne saurait donc être question que cette copie soit utilisée ou même détenue par une autre personne que l'utilisateur légitime du logiciel originel, ni qu'elle soit faite en plusieurs, (**jurisprudence du 18 janvier 2001**).

Pour reconnaître l'exception pour copie de sauvegarde, il faut que ce soit le détenteur légitime du logiciel originel qui effectue la copie et à partir d'un logiciel acquis de manière licite.

Dans ce cadre, la CJUE a affirmé que « *si l'acquéreur initial de la copie d'un programme d'ordinateur accompagnée d'une licence d'utilisation illimitée est en droit de revendre d'occasion cette copie et sa licence à un sous-acquéreur, il ne peut en revanche, lorsque le support physique d'origine de la copie qui lui a été initialement délivré est endommagé, détruit ou égaré, fournir à ce sous-acquéreur sa copie de sauvegarde de ce programme sans l'autorisation du titulaire de droit* » (**12 octobre 2016, affaire Microsoft**).

b) Le droit d'accomplir les actes nécessaires à l'utilisation du logiciel

Selon **l'article L122-6-1 I du code de la propriété intellectuelle**, L'utilisateur a donc le droit d'effectuer tout acte de reproduction ou de représentation du logiciel qui serait nécessaire à son utilisation normale sans que cela nécessite l'autorisation de l'auteur. Il en va de même pour la correction des erreurs.

Ces dispositions découlent de **l'article 5.1 de la directive 2009/24/CE** qui dispose que « *sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs* ».

Cette exception ne doit toutefois pas permettre des améliorations, des adaptations ou des ajouts au programme d'ordinateur utilisé. Elle doit simplement avoir pour but l'utilisation du logiciel de manière conforme à sa destination (**Affaire Systran**).

c) Le droit d'étudier le fonctionnement du logiciel

La CJUE a jugé que le propriétaire du programme d'ordinateur ne peut empêcher, en invoquant le contrat de licence, l'utilisateur d'étudier le fonctionnement du programme pour déterminer les idées et les principes à la base du programme, d'autant que les idées et les principes ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Elle ajoute qu'il « *ne saurait être porté atteinte au droit d'auteur du programme d'ordinateur lorsque, comme en l'espèce, l'acquéreur légitime de la licence n'a pas eu accès au code source du programme d'ordinateur sur lequel porte cette licence, mais s'est limité à étudier, à observer et à tester ce programme afin de reproduire sa fonctionnalité dans un second programme* » (**arrêt du 2 mai 2012, World Programming Ltd**).

En matière de sécurité, l'**article 25 de la loi n°2013-1168 de programmation militaire du 18 décembre 2013** a ajouté à l'article L122-6-1 III du code de la propriété intellectuelle précité, la possibilité pour l'utilisateur de tester la sécurité du logiciel, ce qui n'était pas autorisé jusqu'alors. Il reviendrait à la jurisprudence de déterminer ce que le terme « sécurité » inclut.

La loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a introduit un **article L2321-4 dans le code de la défense**. L'article dispose que « *pour les besoins de la sécurité des systèmes d'information, l'obligation prévue à l'article 40 du code de procédure pénale [obligation pour les fonctionnaires de dénoncer les crime ou délit dont ils ont connaissance] n'est pas applicable à l'égard d'une personne de bonne foi qui transmet à la seule autorité nationale de sécurité des systèmes d'information une information sur l'existence d'une vulnérabilité concernant la sécurité d'un système de traitement automatisé de données* ».

Ainsi, par ce texte, le législateur a souhaité limiter la responsabilité des hackers de bonne foi, d'autant que de plus en plus d'entreprises ont recours au « *bug bounty* » (programme qui permet de recevoir reconnaissance et compensation après avoir reporté des **bugs** et permet aux développeurs de découvrir et de corriger des bugs avant que le grand public en soit informé).

d) Le droit de décompiler le logiciel à des fins d'interopérabilité

Selon le **considérant n°10 de la directive 2009/24/CE**, « *un programme d'ordinateur est appelé à communiquer et à fonctionner avec d'autres éléments d'un système informatique et avec des utilisateurs [...] Cette interconnexion et cette interaction fonctionnelles sont communément appelées « interopérabilité » ; cette interopérabilité peut être définie comme étant la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* ».

En d'autres termes, l'interopérabilité est la possibilité pour différents programmes de communiquer entre eux, d'échanger des informations dans un environnement déterminé. Pour permettre cette interopérabilité, il faut connaître le code source des interfaces logiques permettant la communication. La décompilation désigne la reconstitution du code source du logiciel destinée à isoler les interfaces logiques et à les adapter.

La décompilation d'un logiciel est donc autorisée à des fins d'interopérabilité et par l'utilisateur, qui a acquis de manière légitime le logiciel. Tel n'était pas le cas de M. T qui avait travaillé sur une version du logiciel « *tombée du camion* ». La cour d'appel de Paris a jugé que « *la pratique du désassemblage d'un logiciel n'est licite que dans les strictes hypothèses prévues par l'article L 122-6-1-IV du code de la propriété intellectuelle mais*

constitue une contrefaçon dès lors que, comme en l'espèce, l'auteur de la manipulation, non titulaire des droits d'utilisation, n'agit pas à des fins d'interopérabilité et met à disposition de tiers (les internautes) les informations obtenues » (arrêt du 21 février 2006).

La cour d'appel de Paris a également refusé de reconnaître l'exception de décompilation car les conditions posées par l'article L122-6-1 IV du code de la propriété intellectuelle n'étaient pas remplies. En effet, les juges ont considéré que « *les prévenus ne peuvent se prévaloir desdites dispositions puisque :*

- *ils ne sont pas utilisateurs légitimes du logiciel ;*
- *ils n'ont pas demandé à Nintendo l'accès aux informations ;*
- *leur but n'était pas de créer des logiciels indépendants, puisque leur objectif essentiel était de commercialiser des dispositifs contournant les mesures de protection des consoles et des cartes Nintendo DS et, ce faisant, pour porter atteinte aux droits des auteurs» (Arrêt du 26 Septembre 2011, Affaire Nintendo).*

Enfin, la cour d'appel de Caen a condamné un prévenu à de la prison avec sursis pour avoir rendu accessible au public une copie du fichier SkyCryptV1.cpp, obtenue à partir de la décompilation du logiciel de Skype. Pour la Cour, le prévenu s'est rendu coupable de contrefaçon en utilisant les informations en cause pour un autre but que la réalisation de l'interopérabilité, dépassant ainsi le cadre autorisé par le code de la propriété intellectuelle, **(arrêt du 18 mars 2015)**

E - Une catégorie particulière : la licence de logiciel libre

Un logiciel libre est un logiciel dont l'utilisation, l'étude, la modification, la duplication et la diffusion sont universellement autorisées sans contrepartie. Par opposition, un logiciel est dit propriétaire lorsqu'il reste la propriété d'une seule personne qui n'autorise que limitativement les usages sur le logiciel. Dans ce cas, même s'il peut être gratuit, l'éditeur garde la maîtrise de son logiciel et du code source qu'il maintient secret.

D'un point de vue technique, un logiciel est dit libre lorsqu'il est utilisable et modifiable sans limitation et qu'il est fourni avec toutes les informations utiles à cette fin (code source documenté et lisible, scripts d'installation, documentation, etc.).

D'un point de vue juridique, il s'agit d'un logiciel pour lequel l'auteur entend partager son monopole afin de favoriser sa diffusion et sa réutilisation par d'autres. À cette fin, une licence libre ou open source accompagne le logiciel afin d'assurer aux détenteurs d'une copie du logiciel les droits de le copier, l'utiliser, le modifier et le distribuer.

1) Logiciel libre vs Logiciel propriétaire

Comme le logiciel propriétaire, le logiciel libre est protégé par le droit d'auteur et un utilisateur devra conclure un contrat de licence pour avoir le droit d'utiliser le logiciel sous certaines conditions. Sa particularité réside dans les droits étendus qui sont conférés aux utilisateurs et le fait que le code source du logiciel libre n'est pas maintenu secret comme pour le logiciel propriétaire.

Il ne faut, néanmoins, pas confondre le logiciel libre avec le « *freeware* » qui est un logiciel propriétaire distribué à titre gratuit, le « *shareware* » qui est un logiciel propriétaire gratuit pendant la période d'essai et le « *freemium* » qui est une stratégie commerciale alliant accès gratuit et services complémentaires payants.

Le logiciel libre n'est pas non plus à confondre avec un logiciel tombé dans le domaine public. Dans cette dernière hypothèse, le logiciel n'est plus protégé par le droit d'auteur car sa durée légale de protection, qui est de soixante-dix ans après la mort de l'auteur, a expiré.

Ce sont les termes de la licence d'un logiciel et les prérogatives qu'elle accorde aux utilisateurs qui le rendent « libre » ou « propriétaire ». Le logiciel libre n'est donc pas un logiciel sans licence et le titulaire des droits d'auteur sur celui-ci reste libre de fixer les termes de la licence comme il l'entend. En revanche, l'utilisateur d'un logiciel libre n'est pas libre de l'utiliser comme il l'entend puisqu'il est lié par les termes de la licence qu'il doit respecter.

Il est enfin à noter que ce n'est pas la diffusion du code source qui rend le logiciel « libre » mais uniquement les termes inscrits dans la licence qui l'accompagne.

2) Licence libre vs Licence Open Source

Les notions de « licence libre » et de « licence open source » sont quasiment équivalentes mais proviennent de deux écoles de pensée différentes : la *Free Software Foundation* en ce qui concerne le logiciel libre et l'*Open Source Initiative* en ce qui concerne le logiciel open source, laquelle a été fondée suite à des conflits au sein de la communauté de la *Free Software Foundation*.

Quelle que soit la définition à laquelle l'on se réfère, un logiciel libre est un logiciel disponible sous forme de code source et librement distribuable et modifiable. La philosophie de la communauté du « libre » est par ailleurs toujours fondée sur le partage et l'échange des connaissances, l'idée sous-jacente étant que le logiciel fonctionne sur un modèle coopératif dans lequel chacun peut améliorer le logiciel et en faire profiter la communauté.

Un logiciel est considéré comme libre, au sens de la *Free Software Foundation* si les quatre libertés suivantes sont respectées :

- liberté 0 : liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages ;
- liberté 1 : liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses besoins ;
- liberté 2 : liberté de redistribuer des copies du programme ;
- liberté 3 : liberté d'améliorer le programme et de distribuer ces améliorations au public.

Un logiciel est considéré comme open source, au sens de l'*Open Source Initiative*, s'il remplit les conditions suivantes :

- permettre la libre distribution du logiciel ;
- mettre à disposition le code source ;
- permettre les dérivés des œuvres ;
- respecter l'intégrité du code source ;
- respecter la non-discrimination entre les groupes et les personnes ;

- respecter la non-discrimination entre les domaines d'application ;
- la licence s'applique sans obligation d'obtenir une licence supplémentaire ;
- la licence ne doit pas être spécifique à un produit ;
- la licence d'un logiciel ne doit pas s'étendre à un autre ;
- la licence doit être neutre technologiquement.

3) Contenu du contrat de licence libre

Issu du droit américain, le terme « licence » n'a pas la même signification qu'en droit français. En effet, en droit américain, une licence est une autorisation unilatérale, à distinguer du contrat qui suppose des obligations réciproques. Ainsi, l'utilisateur d'un logiciel sous licence libre est tenu de respecter les termes de la licence qui accompagne le logiciel, même s'il n'a pas signé ce contrat. Le simple fait d'utiliser un logiciel libre vaut acceptation des termes de la licence à laquelle il est lié.

A ce titre, l'auteur d'un logiciel souhaitant le distribuer sous licence libre a la possibilité de choisir entre plusieurs types de contrat de licence libre, tels que la licence GNU/GPL mais n'est pas libre d'en modifier leur contenu comme en témoigne la première phrase de la *General Public License* (GNU) : « *everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing is not allowed* ». (copie et distribution autorisées mais pas les modifications).

La principale obligation de l'auteur du logiciel libre est la mise à disposition aux utilisateurs des codes sources afin que ces derniers puissent exercer les termes de la licence, à savoir les étudier, les modifier, les dupliquer et les diffuser.

Le contrat de licence d'un logiciel libre ne peut prévoir de clause d'exclusivité sans porter atteinte à l'objectif même de la licence libre. En effet, les logiciels distribués sous licence libre ne peuvent être accaparés par une seule personne mais doivent être partagés au sein de la communauté.

L'utilisateur est libre de redistribuer le logiciel libre à des tiers. Cette redistribution peut avoir des conséquences différentes en fonction du caractère contaminant ou non de la licence.

Ainsi, une licence sous *copyleft* fort oblige le bénéficiaire de la licence, dans le cas d'une redistribution du logiciel, modifié ou non, à utiliser une licence identique.

- La licence à *copyleft* fort / licence non permissive

Dans le cadre d'un *copyleft* fort, la même licence libre s'applique à toute redistribution du logiciel initial, modifié ou non, et s'étend également à la distribution d'une création à laquelle est intégré le logiciel initial (exemple : licences GNU/GPL et CeCILL).

L'objectif est d'empêcher l'appropriation du code sous licence libre dans un code propriétaire et d'imposer ce même régime à tout ce qui y est rattaché dans un même assemblage.

Ainsi, le texte de la licence GNU/GPL prévoit, dans son article 5 – « Transmission des versions sources modifiées », que l'utilisateur du logiciel libre « *doit licencier la création entière, dans son ensemble, aux termes de cette Licence à toute personne qui entre en*

possession d'un exemplaire. Cette Licence s'appliquera en conséquence [...] à la création dans son ensemble, et à tous ses éléments, indépendamment de la façon dont ils sont assemblés ».

En ce sens, il a été jugé que « *le programme a la particularité de dépendre de la licence GNU qui permet une utilisation libre du logiciel mais requiert une licence si le travail basé sur le programme ne peut être identifié comme raisonnablement indépendant et doit être considéré comme dérivé du programme JATLite* ». En l'espèce, les juges ont reproché au CNRS de ne pas avoir distribué le logiciel libre avec sa licence GNU/GPL alors que le logiciel propriétaire cédé comportait une brique de logiciel libre et ont donc sanctionné le CNRS pour non-respect des termes de la licence (TGI Paris, 3^e ch., 28 mars 2007 Educafix/CNRS).

- La licence à *copyleft* faible / licence permissive

Dans le cadre d'un *copyleft* faible, la licence libre s'applique uniquement à la redistribution du logiciel initial et ne s'étend pas aux créations auxquelles il est intégré et qui peuvent être redistribuées sous d'autres licences libres, voire sous licences propriétaires.

- La licence sans *copyleft* / licence évanescente

En l'absence de *copyleft*, la redistribution du logiciel initial ainsi que de ses versions modifiées est libre et peut se faire sous une autre licence, ce qui permet le développement d'un logiciel propriétaire à partir de composants libres (exemple : Apache, BSD).

III – Spécificités du Droit d'Auteur sur internet :

A – Le peer-to-peer

Cet anglicisme évoque l'idée d'une connexion directe entre les ordinateurs. Ce qui permet de constituer un annuaire des adresses IP des utilisateurs du logiciel qui vont partager leurs fichiers.

Les réseaux P2P ne sont pas par principe illicites. Mais ils engendrent une circulation des données qui peut s'avérer illicite selon la nature de ces données.

Pour y faire face le législateur a tenté de mettre en place une protection simplifiée de sanctions par les lois HaDOPI de 2009.

Les lois HADOPI ont créé la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet. En mettons en place un système de réponse graduée : informer par mail l'internaute du risque, 1^{er} avertissement, 2^{ème} avertissement, 3^{ème} avertissement et le dossier peut être transmis au Parquet. Possibilité de sanction : suspension de l'abonnement pendant un an.

B – Le streaming ou lecture en continu

Le streaming consiste à envoyer du contenu en direct sans qu'il soit nécessaire pour l'internaute de le copier. Il n'y a qu'un stockage temporaire. Alors il n'y a pas de reproduction d'une œuvre, mais plutôt atteinte au droit de représentation d'une œuvre.

C – La numérisation des œuvres sur internet :

La problématique de la numérisation des œuvres sur internet a commencé lorsque Google a numérisé à grande échelle des œuvres littéraires, à partir de fonds documentaires des bibliothèques, sans l'autorisation des auteurs ni des éditeurs. En 2005 les procédures contre Google ont commencé aux USA, puis en France. Il y a eu finalement un certain nombre d'accord entre les syndicats, maisons d'éditions et Google.

D – Les mesures techniques de protection :

Ce sont des logiciels de gestion des droits numériques. Ils permettent au titulaire d'un droit d'auteur d'autoriser ou refuser la copie de son œuvre (article L.311-5 CPI).

E – Les œuvres libres :

Des œuvres libres ne sont pas nécessairement des œuvres gratuites ou sans contrôle. La notion de liberté renvoie à la liberté d'expression.

PARTIE II : LES CONTRATS INFORMATIQUES

Un contrat est un engagement entre une ou plusieurs parties en vue d'atteindre un objectif précis. Il est valable à quatre conditions :

- avoir la capacité juridique des contractants,
- l'objet du contrat doit être dans le commerce,
- la cause du contrat, le pourquoi du contrat, doit être licite et non contraire aux bonnes mœurs,
- le contrat doit être exempt de vice (erreur, dol et violence/contrainte).

I - SPECIFICITES DES CONTRATS INFORMATIQUES

A – L'équilibre des contrats informatiques

Un contrat peut être rompu :

- par des publicités mensongères, loi Jean ROYER du 27/12/1973 complétée par la loi SCIVENER du 10/01/1978
- par des clauses abusives dans un contrat informatique :
 - Écarter la responsabilité totale d'un fournisseur de services (il s'agit d'un contrat léonin)
 - Interdire l'une des parties à réviser librement les prix ou les délais

B – Les obligations contractuelles

Ces obligations sont :

- Obligation générale d'informations du fournisseur :
 - conseils (renseignements) sur les caractéristiques du produit. La loi Edith CRESSON de 1982, oblige à livrer le produit avec un mode d'emploi en français,
 - mise en garde sur les produits dangereux de haute technicité.

- Obligation générale du client de prestation informatique : ce client doit collaborer en toute bonne foi avec son fournisseur, en fournissant au prestataire de service les informations utiles pour permettre à celui-ci d'exercer son devoir de conseil, notion de transparence (ex. : en cas de réparation d'un appareil, ne pas cacher un bruit suspect).

C – Caractère des différentes obligations dans les contrats

La jurisprudence a décidé :

- les obligations à la charge du fournisseur sont des obligations de moyens (résultat non garanti),
- toutes les obligations spécifiques d'un contrat lorsqu'elles définissent un résultat à atteindre sont des obligations de résultats.
 - La jurisprudence y classe les logiciels ainsi que l'exécution d'un travail dans un certain délai.
 - Un contrat « clé en main », avec une prestation précise à atteindre dans un certain délai est également une obligation de résultat

D – Les prix et les délais des contrats informatiques

- Les Prix : Le 11 février 1999, la Cour de cassation rend un arrêt :

- Les prestations informatiques sont effectuées à titre onéreux, c'est à dire en contrepartie du paiement d'un prix.
- Ce prix doit être déterminé ou déterminable – établi de façon indiscutable et accepté par les deux parties (problème des achats de logements sur plan).
- Les fluctuations de prix auxquelles le prestataire est lui-même soumis seront répercutées sur l'utilisateur (le prévoir par écrit).
- Ces clauses d'indexation sont admises en matière d'informatique.

Les délais : Tous les contrats informatiques doivent prévoir une clause relative aux délais sous peine de difficulté d'exécution. Ici, il est habituel d'appliquer la clause pénale : indemnité forfaitaire acceptée par les parties si le délai n'est pas respecté (le montant ne doit pas être trop exorbitant mais coercitif).

E – Les contrats litigieux

Une des parties n'exécute pas les obligations découlant du contrat.

Quelle doit être l'attitude de l'autre partie ?

Si l'exécution par le débiteur est certaine, le créancier peut :

- avoir recours à un solution transactionnelle,
- rompre unilatéralement le contrat sous condition qu'il existe une clause résolutoire dans le contrat et doit être précédée d'une mise en demeure,
- saisir la justice en demandant au juge du tribunal de commerce saisi
 - de prononcer l'exécution forcée du contrat
 - de prononcer la résolution judiciaire, l'annulation du contrat.

Le débiteur peut demander un délai de grâce au juge en démontrant qu'il n'a jamais commis de faute ou s'il a été victime de force majeure (force irrésistible et imprévisible).

F – La pratique contractuelle

Cette pratique contractuelle s'articule en deux grandes étapes :

- La phase précontractuelle,
- Le montage contractuel.

1) La phase précontractuelle

Cette étape comprend :

- l'étude préalable : c'est l'évaluation des besoins du client. Ce n'est pas un engagement juridique.
- L'établissement du cahier des charges, qui détermine de façon écrite et claire dans un document – essentiel pour la jurisprudence – les besoins du client. Il est souvent confié à un cabinet de conseil.
- Le choix du fournisseur : le cahier des charges est soumis aux différents fournisseurs possibles. Il s'agit d'un appel d'offre.

2) Le montage contractuel

Dans les montages informatiques, en principe, interviennent plusieurs prestataires en relation avec un seul utilisateur final.

Ils proposent plusieurs formules :

- Ces prestataires interviennent en qualité de prestataire indépendant. L'utilisateur doit être capable d'assigner à chacun une mission précise.
- Intervenir dans le contrat en tant que cotraitant.
- Les différents prestataires interviennent en qualité de sous traitant, c'est-à-dire que leur interlocuteur ou leur conseil, est en principe seul en rapport direct avec l'utilisateur. Il s'agit de cloisonnement juridique et technique.

La solution de cotraitance est la plus chère, mais présente le plus de garanties sur le plan juridique, car le prestataire est maître d'ouvrage.

G – Le contrat informatique

Comme tout contrat, il existe un lien de subordination. Chaque salarié appartient à une convention collective (accord entre employeur et syndicats fixant les avantages sociaux)

- code APE 2701 : Constructeurs de matériels (équivalent à la convention collective de la métallurgie)
- code APE 7703 : SSII (société de service en ingénierie informatique) (Convention Syntec) (convention collective applicable au personnel des bureaux d'études).
- code APE 5911 : Revendeurs de matériel (convention des instruments destinés à écrire, imprimerie,...)
- code APE 8003 : Loueurs de matériel de bureau (convention de l'import-export)

1) La déontologie informatique

Les informaticiens n'ont pas de code de déontologie. Mais ils ont l'obligation de discrétion et une certaine forme de garantie de moralité induite par la clause (ne pas divulguer ces informations).

La profession se structure petit à petit.

2) Les obligations du salarié informaticien

- Obligation de fidélité : clause de non-concurrence, doit figurer dans le contrat.
La jurisprudence a précisé que cette clause prend effet pendant la durée du travail et jusqu'à 1 ou 2 ans après la fin de ce dernier.
Cette clause ne doit pas être trop restrictive : une entreprise ne peut pas empêcher un salarié informaticien de travailler à titre gracieux pour une entreprise non concurrente.
- Qu'en est-il des activités parallèles ? La notion de fidélité est-elle affectée ?
 - Ex 1 : Un informaticien écrit des articles remarqués.
Il est possible d'écrire s'il n'y a pas de lien direct avec l'activité et le matériel de l'entreprise et s'il y a eu accord préalable de l'employeur (il vaut mieux un accord écrit)
 - Ex 2 : Affaire Moreau de 1988 :
Il est interdit d'interdire à un programmeur de travailler dans le domaine informatique. Clause trop générale, elle ne vaut rien.

3) Les fautes de l'informaticien

- La jurisprudence a relevé que les cas suivants sont des fautes réelles et sérieuses :
 - Incapacité de créer une équipe d'informaticiens (recruter)
 - Défaut d'organisation (provoquer des erreurs, des retards)
 - Insuffisance de résultat et incapacité professionnelle.
Ex : Cas d'un ingénieur commercial qui n'a pas atteint le quota de clients qu'il s'était engagé à enregistrer.
 - Accès sans autorisation aux fichiers protégés.
 - Fautes de programmation.
 - Erreurs grossières d'analyse.
- Ce sont des fautes graves :
 - Fausse qualité
 - Négligence
 - Inaptitude professionnelle (dans le cas de refus de stages de formation par exemple)
- Ce sont des fautes lourdes :
 - Communication de secrets à une entreprise tierce.
 - Sabotage (virus,...)
 - Non-respect de la clause de non-concurrence.
 - Vol de temps ordinateur. (utilisation d'internet au milieu du travail).

H – Courrier électronique et droit du travail

Remarques : Au Royaume-Uni, loi du 24 oct. 1999, autorise l'employeur à espionner les mails et les communications de ses salariés même à leur insu.

En France, 3 belles affaires :

- Arrêt de la cour de cassation 20 octobre 2001, chambre sociale,
Affaire Nixon France, contre un de ses salariés : les faits, un ingénieur a été licencié en juin 95, pour faute grave : il passait une grande partie de son temps à gérer ses propres affaires (comptes bancaires) et utilisait à des fins personnelles les outils informatique mis à disposition par son employeur. Le directeur de Nixon a apporté la preuve en exhibant des documents personnels, la cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel : le salarié a droit même pendant son temps de travail au respect de l'intimité de sa privée (Art 9 du code civil et article 8 de la convention européenne des

droits de l'homme) csq : chacun a le droit au respect du droit à sa correspondance. Le courriel a le même statut que la correspondance privée (courrier/papier)

- Affaire IBM contre un de ses salariés, du 16 juillet 99, conseil de prud'homme de Nanterre:
Un employé, 20 ans d'ancienneté dans l'entreprise, désœuvrée, consacre une partie substantielle de son temps à la consultation intensive de site Internet à caractère pornographique. Ainsi qu'à l'impression de page de ces sites. À l'occasion de bourrage de papier dans l'imprimante, le directeur prend connaissance de ces pratiques et il licencie sur le champ cet employé pour faute grave. L'employeur affirme qu'il a utilisé des biens à des fins personnelles sans en avoir le droit. Or le salarié va avoir gain de cause.
Attendu : la consultation d'un site pornographique ne peut s'analyser en une utilisation de bien appartenant à l'entreprise dans un but de profit personnel.
- Tribunal correctionnel de Paris, 2 nov. 2000 ; les professeurs d'une école d'ingénieur fouille la messagerie électronique de l'un de leur étudiant, qui a été soupçonnée de dénigrement envers l'école. Ils le font à son insu, et ils lisent ses courriers personnels. L'étudiant porte plainte pour violation du secret des correspondances. Les juges lui donnent raison.
Attendu : la surveillance du courrier électronique par l'employeur constitue un délit de violation des correspondances par voie de télécommunication et est réprimée par le code pénal (article L226-15 pour une personne privée et L432-9 pour une personne publique), peine identiques : 6 mois de prison et 2 000 euros d'amende.

L'employeur doit-il dorénavant s'interdire de contrôler le contenu des emails envoyé depuis son entreprise.

- S'il s'agit de courrier professionnel, l'employeur peut exercer un contrôle mais jamais à l'insu des salariés, c'est la même politique que pour les appels téléphoniques, et les installations de caméras.
- S'il s'agit de courrier privé, l'employeur est tenu au secret des correspondances, et il est tenu au secret privé.

Problème : Comment prendre connaissance du message pour savoir s'il est privé ou prof ?

- Soit l'employeur limite l'utilisation du courrier électronique au seul domaine professionnel
- Soit il tolère le courrier personnel et le salarié fera en sorte d'indiquer de façon systématique le caractère personnel de l'email envoyé ou reçu.

date du message concerné.

Obligations en matière de protection des données personnelles

Vérifié le 03 avril 2019 - Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Ministère chargé de la justice

La création et le traitement de données personnelles (numéro d'identifiant, nom, adresse, numéro de téléphone, photo, adresse IP notamment) sont soumis à des obligations destinées à protéger la vie privée et les libertés individuelles. De nouvelles obligations sont à la charge

des entreprises, administrations, collectivités, associations ou autres organismes permettant d'accorder des droits plus étendus à leurs clients / usagers. Le régime des sanctions évolue également.

Qu'est ce que c'est une données personnelles

Il s'agit de toutes informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable, directement ou non, grâce à un identifiant ou à un ou plusieurs éléments propres à son identité.

Il peut s'agir par exemple d'un nom, d'un prénom, d'une adresse électronique, d'une localisation, d'un numéro de carte d'identité, d'une adresse IP, d'une photo, d'un profil social ou culturel.

Les règles s'appliquent lorsqu'elles sont utilisées, conservées ou collectées numériquement ou sur papier.

Qui est concerné

Le règlement s'applique à tous les traitements de données à caractère personnel, sauf exceptions (les fichiers de sécurité restent régis par les États et les traitements en matière pénale par exemple).

Il concerne :

- les responsables de traitement (entreprises, administrations, associations ou autres organismes) et leurs sous-traitants (hébergeurs, intégrateurs de logiciels, agences de communication entre autres) établis dans l'Union européenne (UE), quel que soit le lieu de traitement des données.
- les responsables de traitement et leurs sous-traitants établis hors de l'UE, quand ils mettent en œuvre des traitements visant à fournir des biens ou des services à des résidents européens ou lorsqu'ils les ciblent avec des techniques algorithmiques (technique du profilage).

En pratique, le règlement s'applique donc à chaque fois qu'un résident européen, quelle que soit sa nationalité, est directement visé par un traitement de données, y compris par internet ou par le biais d'objets connectés (appareils domotiques, objets mesurant l'activité physique par exemple).

Consentement renforcé et transparence

Les données personnelles doivent être :

- traitées de manière licite, loyale et transparente et collectées pour des finalités déterminées ;
- explicites et légitimes ;
- adéquates, pertinentes et limitées aux finalités du traitement ;
- exactes et tenues à jour ;
- conservées de façon temporaire et sécurisée.

Les clients ont un droit d'accès à leurs données et peuvent les rectifier et s'opposer à leur utilisation.

Sur demande, l'entreprise qui détient des données personnelles doit informer la personne concernée avec les éléments suivants :

- identité du responsable du fichier ;
- finalité du traitement des données ;
- caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- droits d'accès, de rectification, d'interrogation et d'opposition ;
- les obligations induites par les transmissions des données.

Droit à la portabilité des données

Toute personne peut récupérer, sous une forme réutilisable, les données qu'elle a fournies et les transférer ensuite à un tiers (réseau social par exemple).

La portabilité concerne uniquement les données recueillies dans le cadre d'un contrat ou d'un consentement.

Droit à l'oubli

Toute personne a droit à l'effacement de ses données et au déréférencement (droit de demander à un moteur de recherche de supprimer certains résultats associés à ses noms et prénoms).

Droit à notification

En cas de violation de la sécurité des données comportant un risque élevé pour les personnes, le responsable du traitement doit les avertir rapidement, sauf dans certaines situations (données déjà chiffrées par exemple). Il doit également le notifier à la Cnil dans les 72 heures.

Droit à réparation du dommage matériel ou moral

Toute personne qui a subi un dommage matériel ou moral du fait de la violation du règlement européen peut obtenir du responsable du traitement (ou du sous-traitant) la réparation de son préjudice.

Action de groupe

Toute personne peut mandater une association ou un organisme actif dans le domaine de la protection des données pour faire une réclamation ou un recours et obtenir réparation en cas de violation de ses données.

Obligation générale de sécurité et de confidentialité

Le responsable du traitement des données doit mettre en œuvre les mesures de sécurité des locaux et des systèmes d'information pour empêcher que les fichiers soient déformés, endommagés ou que des tiers non autorisés y aient accès.

Il doit prendre toutes les mesures nécessaires au respect de la protection des données personnelles dès la conception du produit ou du service.

Ainsi, il est tenu de limiter la quantité de données traitée dès le départ (principe dit de « minimisation ») et doit démontrer cette conformité à tout moment.

L'accès aux données est réservé uniquement aux personnes désignées ou à des tiers qui détiennent une autorisation spéciale et ponctuelle (service des impôts par exemple.).

Le responsable des données doit fixer une durée raisonnable de conservation des informations personnelles.

Les obligations déclaratives sont toutes supprimées, sauf exceptions prévues par le droit national (certains traitements dans le secteur de la santé, ou de la sécurité publique mis en œuvre pour le compte de l'État).

Obligation d'information

L'entreprise qui détient des données personnelles doit informer la personne concernée de :

- l'identité du responsable du fichier ;
- la finalité du traitement des données ;
- le caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- les droits d'accès, de rectification, d'interrogation et d'opposition ;
- les transmissions des données.

L'exploitant de données personnelles (un commerçant en ligne par exemple) doit respecter certaines obligations, et notamment :

- recueillir l'accord des clients ;
- informer les clients de leur droit d'accès, de modification et de suppression des informations collectées ;
- veiller à la sécurité des systèmes d'information ;
- assurer la confidentialité des données ;
- indiquer une durée de conservation des données.

L'objectif de la collecte d'informations doit être précis et les données en accord avec cette finalité.

À savoir : la majorité numérique, l'âge à partir duquel un mineur peut consentir seul au traitement de ses données personnelles pour utiliser un service sur internet (les réseaux sociaux par exemple), est fixée à 15 ans. L'autorisation des parents est nécessaire avant cet

âge. L'information relative au traitement de données du mineur doit être rédigée en termes clairs et simples.

Analyse d'impact en cas de risque élevé pour les droits et libertés des personnes

Pour les traitements de données présentant un risque élevé pour les droits et libertés des personnes, le responsable du traitement doit mener une analyse d'impact sur la vie privée (PIA) pour évaluer, en particulier, l'origine, la nature, la particularité et la gravité de ce risque.

Cette étude doit être présentée à la Cnil si elle n'a pas permis de diminuer suffisamment le risque pour le rendre acceptable.

Les données concernées doivent porter sur :

- les informations sensibles (origine, opinions politiques, religieuses, syndicales), biométriques ou génétiques notamment ;
- l'évaluation des personnes (profilage par exemple) ;
- les fichiers ayant une finalité particulière (études statistiques de l'Insee, traitements de recherche médicale par exemple) ;
- les transferts de données hors de l'Union européenne.

À noter : les transferts de données hors de l'UE ne sont plus interdits mais ils doivent respecter plusieurs conditions, notamment que le pays tiers présente un niveau de protection adapté, selon la Commission européenne. Une autorisation de la Cnil est nécessaire si des clauses contractuelles diffèrent des clauses de la Commission européenne. Les données transférées restent soumises au droit de l'UE non seulement pour leur transfert, mais aussi pour tout traitement / transfert ultérieur.

Délégué à la protection des données

Le responsable de traitement et le sous-traitant doivent désigner un délégué à la protection des données :

- si leur activité fait partie du secteur public ;
- si leur activité principale amène un suivi régulier et systématique de personnes à grande échelle ;
- si leur activité principale amène le traitement à grande échelle de données sensibles ou relatives à des condamnations pénales et infractions.

Le délégué est chargé :

- d'informer et de conseiller le responsable de traitement (ou le sous-traitant) et ses employés ;
- de contrôler le respect du règlement européen et du droit français en matière de protection des données ;
- de conseiller l'organisme sur la réalisation d'une analyse d'impact et d'en vérifier l'exécution ;
- de coopérer avec l'autorité de contrôle et d'être son contact.

Le délégué à la protection des données doit avoir les qualités et compétences suivantes :

- communiquer efficacement et exercer ses fonctions en toute indépendance (ne pas avoir de conflit d'intérêts avec ses autres missions) ;
- une expertise en matière de législations et pratiques (protection des données), acquise notamment par une formation continue ;
- une bonne connaissance du secteur d'activité et de l'organisation de l'organisme (opérations de traitement, systèmes d'information et besoins de l'organisme en matière de protection et de sécurité des données) ;
- une position efficace en interne pour faire un rapport au niveau le plus élevé de l'organisme ;
- animer un réseau de relais au sein des filiales d'un groupe par exemple et/ou une équipe d'experts en interne (expert informatique, juriste, expert en communication, traducteur par exemple).

Le délégué peut être une personne issue du domaine technique, juridique ou autre.

Autres obligations

Tous les organismes (publics comme privés) qui traitent des données personnelles ont l'obligation de tenir un registre de l'ensemble des traitements.

Toutefois les entreprises de moins de 250 salariés doivent seulement inscrire au registre :

- les traitements non occasionnels ;
- les traitements susceptibles de comporter un risque pour les droits et libertés des personnes ;
- les traitements qui portent sur des données sensibles.

Sanctions administratives

En cas de violation du règlement, la Cnil peut prononcer des amendes administratives qui peuvent atteindre, selon la catégorie du manquement, 2 % à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent.